

MASTER'S THESIS

Paracommercialisme: Wanneer is mededinging oneerlijk?

Duijn, Marco van

Award date:
2013

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Sep. 2021

Open Universiteit
www.ou.nl



PARACOMMERCIALISME:
WANNEER IS MEDEDINGING ONEERLIJK?
wanneer commerciële belangen en ideële belangen botsen

Marco van Duijn

Studentennummer 850704491

marco@rechtvoorallen.nl

De scriptie is op 21 mei 2013 gewaardeerd met het cijfer 8.

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD.....	5
HOOFDSTUK 1 – DE MAATSCHAPPELIJKE CONTEXT EN RELEVANTIE VAN DE ONDERZOEKSVRAAG.....	6
1. Context en relevantie.....	6
2. Leeswijzer.....	9
HOOFDSTUK 2 – DE GESCHIEDENIS VAN DE DRANKWETGEVING IN RELATIE TOT HET MEDEDINGINGSVRAAGSTUK.....	11
1. Inleiding.....	11
2. 1964-1973.....	11
3. 1974-1979.....	13
4. 1980-1984.....	16
5. 1985-1990.....	18
6. 1991-1999.....	22
7. 2000-heden	22
8. Conclusies.....	24
HOOFDSTUK 3 – DE RECHTSPRAAK NA DE INWERKING-TREDING VAN DE WET VAN 24 JANUARI 1991, Stb. 54.....	26
1. Inleiding.....	26
2. Thema: Plaatselijke of regionale omstandigheden.....	26
2.1. Tussenconclusie.....	28
3. Thema: Afstand tot andere horecabedrijven.....	28
3.1. Tussenconclusie.....	32
4. Thema: Het voorzieningenniveau.....	32
4.1. Tussenconclusie.....	34
5. Thema: De mate waarin instellingen in concurrentie treden / reële dreiging.....	34
5.1. Tussenconclusie.....	36
6. Conclusies.....	36
HOOFDSTUK 4 – DE WET VAN 24 MEI 2012 TOT HET WIJZIGEN VAN DE DRANK- EN HORECAWET (...), Stb. 237.....	38
1. Inleiding.....	38

2. Het eerste lid.....	39
3. Tweede lid	42
4. Derde Lid.....	42
5. Rechtsbescherming.....	46
6. Conclusies.....	47
HOOFDSTUK 5 – HET AFBAKENEN VAN DE RELEVANTE MARKT.....	48
1. Inleiding.....	48
2. Oneerlijke mededing.....	49
3. Mededingingsrecht.....	49
4. Marktafbakening.....	51
5. Horecagelegenheden die op dezelfde markt opereren.....	53
5.1. De productmarkt.....	53
5.2. De geografische markt	57
6. Conclusies.....	58
HOOFDSTUK 6 – DE VERDELING VAN DE MARKT.....	60
1. Inleiding.....	60
2. Voorbeelden van de verdeling van de markt	61
2.1. Tussenconclusie.....	64
3. Concrete omstandigheden die bepalen of mededinging al dan niet eerlijk is.....	65
3.1. Paracommercialisme als stimulans voor de reguliere horeca.....	65
3.2. Genoten voordelen.....	66
4. Conclusies.....	70
HOOFDSTUK 7 – DE HORECAVERORDENING.....	72
1. Inleiding.....	72
2. Grenzen aan de verordening.....	72
3. De inhoud van het zorgvuldig onderzoek	73
4. Geen mededinging toch een verordening	74
5. Wel mededinging	75
5.1. Eerlijke mededinging maar niet dankzij verordening	75
5.2. Eerlijke mededinging dankzij verordening.....	75
6. Mogelijkheid tot maatwerk verminderd.....	76

7. Wijzigingen in de markt / mededinging voorkomen.....	78
8. Conclusies	79
HOOFDSTUK 8 – TOT SLOT.....	81
1. Inleiding.....	81
2. Aanloop naar de beantwoording van de onderzoeksvraag.....	81
3. Beantwoording van de onderzoeksvraag.....	82
4. Ter afsluiting.....	84
BIJLAGE A – LITERATUURLIJST EN WEBSITES.....	86
BIJLAGE B – JURISPRUDENTIE.....	88
BIJLAGE C – KAMERSTUKKEN.....	89
BIJLAGE D – DE WETSTEKST UIT 1964 (IN WERKING GETREDEN IN 1967)...	91
BIJLAGE E – DE WETSTEKST PER 1 JUNI 1991	92
BIJLAGE F – DE WETSTEKST PER 1 NOVEMBER 2000.....	94
BIJLAGE G – DE WETSTEKST PER 1 JANUARI 2013.....	96

VOORWOORD

Toen ik eind 2008 begon met de studie rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit was ik volop actief in het vrijwilligerswerk. Veel van mijn vrije tijd ging op het organiseren van activiteiten in een sociaal-cultureel centrum in mijn woonplaats. In die hoedanigheid raakte ik bekend met het begrip 'ongewenste mededinging' uit de Drank- en Horecawet en het begrip 'ondersteunende horeca' dat in veel bestemmingsplannen wordt gebezigd. Het laatstgenoemde begrip stond centraal in een jarenlange juridische procedure die uiteindelijk goed afliep voor het centrum. Het onderwerp voor mijn afstudeerscriptie was dan ook snel gekozen.

Omdat per 1 januari 2013 de Drank- en Horecawet is gewijzigd heb ik mijn scriptie gericht op het ontrafelen van het nieuwe begrip 'oneerlijke mededinging', waar overigens het zelfde mee blijkt te worden bedoeld als 'ongewenste mededinging'. Het onderwerp 'ondersteunde horeca' laat ik verder buiten beschouwing. Ik hoop dat iemand anders dat nog eens oppakt. De speurtocht naar het antwoord op de vraag wanneer mededinging eerlijk is (en wanneer niet) was een uiterst leerzame ervaring. Het wees mij er nog eens op dat het recht niet het Orakel van Delphi is, maar dynamisch, zoekend en veranderlijk.

Ik ben blij dat het werk er op zit, maar ik kijk er met tevredenheid op terug. Het is de afsluiting van vierenhalf jaar hard studeren aan de Open Universiteit. Ik ben de universiteit meer dan dankbaar voor alle kennis, inspiratie en begeleiding. Het was een prachtige reis.

HOOFDSTUK 1 – DE MAATSCHAPPELIJKE CONTEXT EN RELEVANTIE VAN DE ONDERZOEKSVRAAG

1. Context en relevantie

Wie alcoholhoudende dranken wil verstrekken voor de consumptie ter plaatse heeft een horecaverunning nodig. Lange tijd was het aantal vergunningen per gemeente gelimiteerd. De Drank- Horecawet van 1964 heeft een einde gemaakt aan dit zogeheten maximumstelsel. Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon komt, wanneer deze voldoet aan een aantal in de wet opgenomen limitatief opgesomde voorwaarden, in aanmerking voor een horecaverunning.

Mijn onderzoeksvraag richt zich op de door deze wetswijziging mogelijk gemaakte opkomst van het zogeheten 'paracommercialisme'. Paracommerciële instellingen zijn verenigingen, stichtingen en kerken, die zich naast activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele, educatieve, levensbeschouwelijke of godsdienstige aard richten op de exploitatie in eigen beheer van een horecabedrijf.

De onderzoeksvraag luidt: “Paracommercialisme: Wanneer is mededinging oneerlijk?”, met als ondertitel “wanneer commerciële belangen en ideële belangen botsen”. Bij wijze van inleiding zal ik uitleggen waarom deze vraag het waard is om te onderzoeken.

In het verleden lagen sportkantines en voetbalvelden midden in de gemeenschap, nabij horecafaciliteiten. In de jaren zestig en zeventig werden sportvelden veelal verplaatst naar de rand van een gemeente, waar vaak geen horecafaciliteiten in de buurt waren, met het gevolg dat een kantine bij het complex werd gebouwd. In dezelfde periode was daarnaast het politieke streven gericht op het vormgeven van de zorgzame samenleving. In dit kader werden een aanzienlijk aantal dorpshuizen, wijkcentra en sociaal-culturele voorzieningen gerealiseerd met een bar- en zalencapaciteit. Het gevolg is dat het aantal horecavoorzieningen in deze periode enorm is gegroeid.¹

1 Bedrijfschap Horeca 1996, p. 7.

In 2012 waren er in Nederland 43.631 commerciële horecabedrijven.² Drie decennia eerder waren dat er 37.000. Daaronder telde het Centraal Bureau voor Statistiek toen 20.000 paracommerciële instellingen. Het ging om circa 10.000 sportkantines, 9.000 sociaal-culturele centra en 1000 kerkelijke instellingen.³

Hoeveel paracommerciële instellingen er anno 2013 zijn heb ik niet precies kunnen achterhalen, maar veel minder zullen het niet zijn. Het Nederlands Olympisch Comité en de Nederlandse Sport Federatie (NOC*NSF) verenigen ruim 4,7 miljoen leden.⁴ Van de circa 9.000 sportverenigingen in Nederland met een eigen kantine werden er in 2012 7000 door de vereniging zelf geëxploiteerd.⁵ Het actuele aantal sociaal-culturele centra met horecavoorzieningen heb ik niet kunnen vaststellen, maar dat het nog steeds om duizenden instellingen gaat blijkt wel uit de cijfers van Spirato, de vereniging van zelfstandige gemeenschapsaccommodaties in Limburgse dorpen en wijken. Alleen al de provincie Limburg telt 720 gemeenschapshuizen die vrijwel allemaal over een horecavoorziening beschikken.⁶

In de sportverenigingen speelt de kantine een belangrijke rol, niet alleen als ontmoetingspunt voor en na de wedstrijden en trainingen maar ook als bron van inkomsten. Zonder een kantine kunnen veel verenigingen nauwelijks draaiende gehouden worden.⁷ Maar ook dorpshuizen kunnen niet zonder. “Meer dan ooit vervullen dorps- en buurthuizen een centrale rol in het gemeenschapsleven”, meent Spirato. “Andere voorzieningen in de buurt zoals winkels, basisscholen, bibliotheken, buurtcafés en kerken staan onder druk of zijn verdwenen. Het gemeenschapshuis is dan het toneel waar ontmoetingen plaatsvinden, nieuwe ideeën geboren worden en het verenigingsleven onderdak vindt.”⁸

Culturele centra als theaters, jongerensociëteiten en poppodia worden eveneens

2 www.abf.kenniscentrumhoreca.nl (zoek op *feiten en cijfers*).

3 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 128, nr. 4, p. 2.

4 www.nocnsf.nl/over-nocnsf

5 Koninklijke Horeca Nederland 2010.

6 Dirks & Huisman 2013.

7 www.zenderenvooruit.nl (zoek op *kantinedienstalgemeen*)

8 www.spirato.nl/organisatie

doorgaans door stichtingen en verenigingen geëxploiteerd. Het gaat regelmatig om initiatieven met honderdduizenden bezoekers per jaar.⁹ Het is ondenkbaar dat deze voorzieningen kunnen bestaan zonder horecavoorziening. Daarvoor is cultuurbeleving te veel verweven met de consumptie van alcoholhoudende drank.

De in hoofdstuk 2 te bespreken parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat met name in de jaren tachtig fel is gestreden over de grenzen van het paracommercialisme. Het Bedrijfschap Horeca en Catering (hierna: bedrijfschap) en de Koninklijke Horecabond Nederland (KHN) zijn altijd bijzonder kritisch geweest ten aanzien van paracommerciële horeca, met name wanneer deze de doelstellingen van de instelling te buiten gaan. Zij zien het paracommercialisme als broodroof van de reguliere horecabedrijven.

Aan de andere kant van het maatschappelijk debat hebben met name het Nederlands Olympisch Comité en de Nederlandse Sport Federatie (NOC*NSF) van zich laten horen. Zij verdedigen de belangen van de sportverenigingen voor wie de kantine een belangrijke, zelfs onmisbare voorziening is. NOC*NSF bestrijdt dat er sprake is van significante oneerlijke concurrentie en meent dat ideële instellingen zoals sportverenigingen in gemeenten juist een aanzuigende werking hebben in de richting van lokale horeca. Een intensief verenigingsleven maakt een gemeente volgens de bond levendiger en aantrekkelijker.¹⁰ Tussen de standpunten van beide partijen speelt de politieke discussie zich af. En dat al veertig jaar lang.

Directe aanleiding van dit onderzoek is de per 1 januari 2013 in werking getreden nieuwe Drank- en Horecawet, waarin ook een bepaling is opgenomen die het doel heeft zogenoemde 'oneerlijke mededinging' te bestrijden. Gemeenten wordt opgedragen een verordening vast te stellen met regels die oneerlijke mededinging voorkomen. Maar wat is oneerlijk mededing, wie bepaalt dat en hoe? En valt zoiets wel in een verordening te regelen. Het zijn maar enkele van de vragen die ik in deze scriptie zal beantwoorden.

9 Poppodium Doornroosje in Nijmegen bijvoorbeeld trok in 2011 207.888 bezoekers (bron: www.gelderlander.nl (zoek op *recordaantal*)). Tivoli trok een jaar later 315.000 bezoekers (bron: www.rtvutrecht.nl (zoek op *recordaantal*))

10 www.nocnsf.nl (zoek op *oneerlijke mededinging*)

2. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 vervolg ik de scriptie met een onderzoek naar de parlementaire geschiedenis. De discussie over het paracommercialisme start halverwege de jaren zeventig en bereikt haar hoogtepunt in de jaren tachtig. Vanaf 1991 is het bestrijden van ongewenste mededinging formeel een van de doelstellingen van de Drank- en Horecawet.

In hoofdstuk 3 bespreek ik aan de hand van 19 uitspraken en 4 thema's de belangrijkste lijnen in de jurisprudentie. De thema's zijn de lokale of regionale omstandigheden, de afstand van paracommerciële instellingen tot andere horecabedrijven, het voorzieningenniveau en de mate waarin instellingen in concurrentie treden.

In hoofdstuk 4 volgt een bespreking van artikel 4 van de op 1 januari 2013 in werking getreden Drank- en Horecawet. Ik zal dit artikel per lid bespreken en de veranderingen voor de rechtsbescherming aan een onderzoek onderwerpen.

In hoofdstuk 5 komt de afbakening van de relevante markt aan de orde. Eerst dient de vraag te worden beantwoord of de betrokken paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven tot elkaar in een concurrentieverhouding staan. Wanneer dit niet het geval is kan er geen sprake zijn van mededinging, laat staan oneerlijke mededinging.

In hoofdstuk 6 bespreek ik de vraag naar de eerlijke verdeling van de markt. Wie bepaalt of de verdeling van een markt eerlijk is en hoe wordt dit überhaupt bepaald? Uit het onderzoek blijkt op de beantwoording van deze vragen een groot aantal omstandigheden van invloed te zijn, met soms heel verrassende uitkomsten.

In hoofdstuk 7 staat de in artikel 4, eerste lid bedoelde horecaverordening centraal. Dit hoofdstuk bevat een kritische bespreking van de mogelijkheden en onmogelijkheden van de verordening afgezet tegen het vorige wettelijke regime, waarin de mededinging geregeld werd middels aan vergunningen te verbinden voorschriften of beperkingen.

In hoofdstuk 8 knoop ik de verschillende conclusies uit de voorgaande hoofdstukken aan elkaar en geef ik een antwoord op de onderzoeksvraag.

HOOFDSTUK 2 – DE GESCHIEDENIS VAN DE DRANKWETGEVING IN RELATIE TOT HET MEDEDINGINGSVRAAGSTUK

1. Inleiding

De wetgeving met betrekking tot het verstrekken van alcoholische dranken kent een lange geschiedenis. Wie de huidige stand van zaken in de wetgeving goed wil begrijpen dient deze geschiedenis te kennen. De aanleiding voor de eerste drankwetgeving was het grootschalig drankmisbruik onder arbeiders.¹¹ De eerste drankwet ziet 28 juni 1881 het licht. Volgens de titel van de wet is het doel *de regeling van de kleinhandel in sterke drank en de beteugeling van openbare dronkenschap*.¹² Door de invoering van een vergunningstelsel wordt het aantal verkooppunten van sterke drank in elke gemeente gelimiteerd en alcoholmisbruik tegen gegaan.

In het nu volgende hoofdstuk over de parlementaire geschiedenis over het onderwerp paracommercialisme pak ik de draad weer op in 1964, een jaar dat voor de opkomst van het paracommercialisme achteraf een sleutelmoment zal blijken. In daarna volgende pagina's zal ik de parlementaire discussie volgen en daarbij, voor een goed begrip van de discussie, ook de reacties van de belangrijkste stakeholders betrekken.

2. 1964-1973

Het duurt enige tijd voordat drankwetgeving wordt ingezet om ook ongewenste mededinging te bestrijden. Dat is niet gek. Het verband tussen de consumptie van alcoholhoudende drank en mededinging ligt immers niet direct voor de hand. De directe aanleiding voor het betrekken van het mededingingsvraagstuk bij de drankwetgeving zijn de gevolgen van de *wet van 7 oktober 1964 tot regeling van de uitoefening van de bedrijven en de werkzaamheid waarin of in het kader waarvan alcoholhoudende drank*

¹¹ Smits 1968, p 12.

¹² Stb. 1881, 97.

wordt verstrekt.¹³ Deze als 'Drank- en Horecawet' bekend staande regeling schaft het maximumvergunningstelsel af en maakt het voor verenigingen en stichtingen mogelijk om een vergunning te bemachtigen. De wet is vastgesteld in 1964 en treedt in 1967 in werking.

Een voor deze scriptie belangrijke bepaling van de Drank- en Horecawet 1964 betreft artikel 3 waarvan ik enkel het eerste lid zal citeren:¹⁴

Het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders uit te oefenen:

- a. enig horecabedrijf, tot welks uitoefening behoort het bedrijfsmatig verstrekken van alcoholische drank voor gebruik ter plaatse;
- b. het slijtersbedrijf;
- c. de werkzaamheid, bestaande in het anders dan bedrijfsmatig en anders dan om niet voor gebruik ter plaatse verstrekken van alcoholische drank.

Voor het onderwerp van deze scriptie zijn artikel 3 aanhef, a en c van belang (zie bijlage E voor een weergave van het hele artikel) omdat beide leden, in combinatie met de aanhef, de grondslag creëren om toestemming verlenen voor het verstrekken van alcoholhoudende dranken voor gebruik ter plaatse. De zogenoemde a-vergunning is vereist voor het bedrijfsmatig verstrekken van alcoholhoudende dranken voor gebruik ter plaatse. Voorbeelden daarvan zijn het café en restaurant. Voorbeelden van de tweede categorie horeca-inrichtingen zijn de sociëteit en kantine die niet bedrijfsmatig alcoholhoudende dranken verstrekken voor gebruik ter plaatse. Het gaat dan om een in eigen beheer van de stichting of vereniging gedreven zaak. Wanneer de sociëteit of kantine is verpacht wordt deze geacht bedrijfsmatig te opereren en heeft de pachter toch een a-vergunning nodig. Het maakt in dat geval niet uit of de inrichting enkel toegankelijk is voor leden of ook voor derden. Wanneer de sociëteit of kantine wel in eigen beheer wordt gedreven maar toegankelijk is voor derden is eveneens een a-vergunning nodig.¹⁵ De wetgever gaat er dan vanuit dat de exploitatie bedrijfsmatig plaatsvindt. Voor het verkrijgen van een a-vergunning gelden strengere eisen dan voor

13 Stb. 1964, 386.

14 Zie bijlage E voor de hele tekst van artikel 3.

15 Smits 1968, p 18; ARrvS 16 oktober 1987, AB 1988, nr. 228; ARrvS 13 juni 1985, AB 1986, nr. 303.

een c-vergunning.¹⁶ Van die strenge eisen wordt aanvankelijk makkelijk ontheffing verleend.

3. 1974-1979

De invoering van de Drank- en Horecawet is niet de enige reden voor de toename van het aantal paracommerciële instellingen. Deze wordt ook toegeschreven aan de toegenomen welvaart en vrije tijd van de bevolking die vaker buiten de deur en in horecagelegenheden wordt besteed. Het gaat om een nieuwe en onvoorziene situatie.¹⁷

In de jaren zeventig neemt het aantal klachten over instellingen met een horecavergunning toe en dringt het onderwerp door tot de politieke agenda. Paracommerciële instellingen zouden onder ongelijke voorwaarden concurreren met reguliere horecabedrijven. Het is goed mogelijk dat de klachten een reactie zijn op de economisch moeilijke tijden die het land meemaakt, een tijd waarin veel ondernemers moeite hebben het hoofd boven water te houden. In de Tweede Kamer wordt paracommerciële horeca aanvankelijk gezien als een vorm van beunhazerij waarmee men op een keur aan verschijnselen doelt van zwartwerken tot het uitoefenen van een beroep zonder over de juiste papieren te beschikken.¹⁸

In 1974, in een van de eerste keren dat de Tweede Kamer over het onderwerp discussieert, noemt Kamerlid De Ruiter (PvdA) het voorbeeld van verenigingen die casino's met horeca exploiteren en waar de werknemers zwart worden betaald. Wie naar binnen wil kan ter plaatse lid worden door een tientje te betalen, aldus het Kamerlid, die de minister uitnodigt een avondje met hem op stap te gaan om het met eigen ogen te aanschouwen.¹⁹ Kamerlid Honig van den Bossche (Boerenpartij) weet te melden dat de “paracommerciële instellingen de sterkst groeiende omzet hebben en de ernst van de kwestie zelfs in het restaurant van de Tweede Kamer is waar te nemen, “waar Kamerleden nauwelijks een tafeltje kunnen bemachtigen, terwijl het toch bedoeld is

¹⁶ Artikel 7.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1980/81, p. 6038.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1978/79, 15 380, nr. 1.

¹⁹ *Handelingen II* 1974/75, 13 100, p. 1872.

voor Kamerleden en hun gasten alsmede journalisten”. “Meer dan eens blijkt het bezet te zijn door vogels van veelal andere pluimage”, aldus het Kamerlid.²⁰

Minister van Economische Zaken Lubbers schaaft onder het begrip paracommercialisme ook de zogenaamde “besloten speelclubs”, of deze nu horeca-activiteiten ondernemen of niet.²¹ De voorbeelden laten zien dat het begrip paracommercialisme aanvankelijk nogal uiteenlopende associaties oproept.

Het duurt niet lang voordat de eerste maatregelen ter beteugeling van het paracommercialisme worden aangekondigd. In 1975 maakt Staatssecretaris Hazekamp van Economische Zaken bekend het moeilijker te willen maken voor instellingen om een a-vergunning te bemachtigen. Voor instellingen zouden andere en strengere eisen moeten gaan gelden dan voor reguliere horecabedrijven. Hij zoekt daarnaast de oplossing in het verplichten van privaatrechtelijke overeenkomsten tussen de betrokken instelling, de gemeente en plaatselijke horeca. De Staatssecretaris merkt wel op dat de overheid deze verplichting enkel kan opleggen aan instellingen die subsidie ontvangen en dat dit lang niet altijd het geval is.²² Zijn collega, Staatssecretaris Meijer van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk, zit op dezelfde lijn en wil voorafgaande aan de bouw van nieuwe instellingsaccommodaties met de exploitant afspreken dat de exploitatie van de horeca plaatsvindt door een commerciële ondernemer.²³

In de navolgende jaren blijft het paracommercialisme onderwerp van hevig politiek debat. In 1976 brengt een interdepartementale werkgroep, na consultatie van het bedrijfschap en koepels van sportorganisaties, een rapport uit over het verschijnsel paracommercialisme. De werkgroep doet de aanbeveling op lokaal niveau door de betrokken partijen overeenkomsten te laten sluiten waarin, onder erkenning van het

20 *Handelingen II* 1974/75, 13 100, p. 1883.

21 *Kamerstukken II* 1974-1975, 13 100, nr. 16, p. 33.

22 *Handelingen II* 1975/76, p.1355-1356.

23 *Handelingen II* 1975/76, p. 391 (Vaste Commissie voor Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk). In die tijd werden maatschappelijke organisaties nog vaak door het Rijk gefinancierd. Later is de financiering overgeheveld naar gemeenten.

verschil in karakter tussen de paracommerciële instellingen en de reguliere horecabedrijven, afspraken over de wijze van exploitatie worden opgenomen.²⁴

De aanbevelingen krijgen de vorm van een 'leidraad' die betrokken partijen kunnen volgen bij het plegen van overleg op plaatselijk niveau.²⁵ Doel is onder meer om overeenstemming te bereiken over doelstelling en middelen van de instelling en de rol die de horecavoorziening daarbij speelt. Daarbinnen is volgens de leidraad geen plaats voor commerciële activiteiten en bijeenkomsten van persoonlijke aard. De leidraad stelt daarnaast voor dat instellingen zich (voortaan) onthouden van het schenken van sterke drank en het serveren van maaltijden om zo het verschil met reguliere horeca te onderstrepen. Opvallende elementen van de leidraad zijn de aanbeveling dat de instellingen hun prijzen vaststellen in overleg met commerciële horecabedrijven in de buurt en de aanbeveling dat deelnemende reguliere horecabedrijven in de overeenkomst vastleggen dat “de verstrekking van consumpties bij activiteiten welke in het kader van de doelstelling der instellingen plaatsvinden, een normaal onderdeel uitmaakt van de exploitatie van de accommodatie van de stichting, voor zover deze verstrekking geschiedt met inachtneming van het in de overeenkomst bepaalde”.²⁶ De overeenkomst rekent met andere woorden niet af met mededinging onder ongelijke voorwaarden. Wel legt de overeenkomst de grenzen vast waarbinnen de mededinging mag plaatsvinden.

De leidraad maakt echter geen einde aan de onrust. Integendeel. In de jaren tachtig neemt de kritiek enkel maar toe. Het Ministerie van Economische Zaken reageert door haar ontheffingsbeleid aan te scherpen.²⁷ Paracommerciële instellingen kunnen daardoor geen vrijstelling meer krijgen op grond van artikel 42 van de in artikel 7, eerste lid gestelde eisen met betrekking tot de handelskennis en vakbekwaamheid. Hierdoor wordt het aanmerkelijk moeilijker voor instellingen om een a-vergunning te bemachtigen.

24 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 600, nr. 2, p. 88.

25 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 100, nr. 2, p. 97.

26 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 380, nr. 3, p. 42.

27 Minister van Economische Zaken 1976.

4. 1980-1984

De rust keer niet weder. Het parlement blijft de regering bestoken met kritische vragen en oproepen om nu eindelijk eens wat aan het probleem van het paracommercialisme te doen.²⁸ In een reactie op de kritiek schetst de regering uitvoerig hoe zij tegen het paracommercialisme aankijkt:

“Tussen de paracommerciële instellingen en de horecabedrijven bestaat dikwijls een ongelijke concurrentieverhouding die met name wordt veroorzaakt door een kostenpatroon. Dit vindt zijn grondslag voornamelijk in de omstandigheid, dat paracommerciële instellingen in de meeste gevallen met niet dan wel niet volgens de c.a.o.-normen betaalde vrijwilligers werken. De exploitatie van deze instellingen wordt tevens beïnvloed door financiële bijdragen van particulieren ten behoeve van de opzet of (andere) faciliteiten van de kant van bijvoorbeeld gemeenten. Zelfs wanneer laatst bedoelde tegemoetkomingen niet zouden voorkomen is nog niet goed voorstelbaar, dat zich een gelijke mededingingssituatie zal ontwikkelen.

In de wetgeving wordt als regel geen onderscheid gemaakt tussen een commercieel en een paracommercieel bedrijf. Het zijn vooral de in de praktijk voorkomende situaties die de ongelijke concurrentieverhouding tot stand brengen. In verband daarmee lijkt het de meest wenselijke benadering van de problematiek om de onderscheiden werkzaamheden tussen de horeca en de instellingen te verdelen in die zin, dat gestreefd wordt naar een zekere marktverdeling. Daarbij kan de altijd beperktere doelstelling van paracommerciële instellingen het beste als vertrekpunt worden genomen.”²⁹

De regering legt vervolgens uit hoe deze *verdeling van de markt* tot stand moet worden gebracht. “Gelet op de verscheidenheid aan instellingen en hun doelstellingen leidt deze benadering ertoe, dat in eerste instantie op plaatselijk niveau naar een oplossing zal moeten worden gezocht. Met dit oogmerk is enkele jaren eerder de leidraad voor plaatselijk overleg tussen horeca en paracommerciële instellingen tot stand gekomen.

28 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 380, nr. 2, p. 5-12.

29 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 380, nr. 3. P. 28.

Wanneer dat overleg tot bevredigende resultaten voor horeca en instellingen leidt is er geen reden voor wettelijke maatregelen van de centrale overheid die een afzonderlijk regime voor paracommerciële instellingen vestigen.”³⁰ Terwijl de regering duidelijk de voorkeur geeft aan zelfregulering verwachten anderen juist meer heil van een publiekrechtelijke regeling.³¹

In 1981 worden de resultaten van het onderzoek onder gemeenten naar de problemen met paracommercialisme en de effecten van de leidraad gepresenteerd. Van de 659 gemeenten die deelnamen aan het onderzoek verklaart 9% dat er wrijvingen zijn tussen reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen. Dat was voor de introductie van de leidraad nog 15%. In een derde van alle gemeenten hebben de betrokken partijen op enigerlei wijze onderling een regeling getroffen. De minister concludeert dat het aantal klachten gering is en de leidraad een niet onbelangrijke en positieve bijdrage levert aan het verminderen van de wrijving.³²

Opmerkelijk is dat het rapport geen inzicht geeft in het absolute aantal conflicten en evenmin duidelijkheid verschaft over het al dan niet gegrond zijn van klachten. Over wat paracommercialisme precies inhoudt en welke mededinging acceptabel is bestaan immers grote verschillen van mening. Een ingediende klacht is derhalve nog geen gegronde klacht. Desalniettemin besluit de regering op grond van het rapport door te gaan op de ingeslagen weg.³³ Zij belooft de leidraad opnieuw onder de aandacht te brengen bij gemeenten.

En inderdaad. In 1984 ontvangen de gemeenten de Circulaire Paracommercialisme waarin de verantwoordelijke ministers hun visie ontvouwen met betrekking tot het paracommercialisme.³⁴ In deze visie doet zich een verstoring van de mededingingsverhoudingen voor wanneer instellingen en reguliere horeca “op een zelfde markt” opereren en zich een “overlapping van activiteiten” voordoet. Wanneer instellingen hun activiteiten beperken tot het werken binnen hun duidelijk te

30 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 380, nr. 3. P. 28-29.

31 *Handelingen II* 1980/81, p. 6005.

32 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 654, nr. 1. P. 1-3.

33 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 600, nr. 5. P. 17.

34 Circulaire Paracommercialisme 1984.

omschrijven doelstellingen richten zij zich, naar het oordeel van de ministers, op een andere markt dan de commerciële horeca en is er geen sprake van concurrentie of concurrentievervalsing.

5. 1985-1990

Hoe het ook zij, de Tweede Kamer vindt het allemaal niet ver en snel genoeg gaan. In een mondeling overleg wordt Staatssecretaris van Zeil het vuur aan de schenen gelegd.³⁵ Ik zal wat uitgebreider uit het verslag van deze bijeenkomst citeren en parafraseren. Het debat raakt namelijk de kern van de dan al weer tien jaar lopende discussie over de verhouding tussen reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen.

Zowel de regering als de Tweede Kamer zien paracommercialisme als een probleem, maar geen van beiden dient een voorstel in dat ook daadwerkelijk een einde maakt aan concurrentie onder ongelijke voorwaarden. Alle voorstellen richten zich op het verminderen van wat men later in de wet zal omschrijven als 'ongewenste concurrentie'. De verschillen van mening gaan in feite over de 'manier waarop' en de 'mate waarin' de mededinging moet worden gereguleerd.

Zelf heeft Staatssecretaris Van Zeil het zelf liever niet over 'oneerlijke concurrentie'. Hij meent dat het schenken van een glaasje in een kantine van een sportinstelling of aan de bar van een dorps huis al vanaf het eerste glaasje oneerlijk is. Van Zeil spreekt daarom liever van “al dan niet laakbare concurrentie”.³⁶ Ook hij opteert voor een zekere verdeling van de markt.³⁷ Van Zeil ziet het liefst dat deze verdeling tot stand komt door lokale “gentlemen's agreements” tussen paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven. De gemeenten kunnen daar volgens hem een bemiddelende rol in spelen.³⁸

Kamerlid Van Erp (VVD) ontwikkelt zich in de tweede helft van de jaren tachtig tot de

35 *Handelingen II* 1985/86, 19 200, nr. 12, p. 1088-1091.

36 *Handelingen II* 1989/90, 21 128, p. 4410; SGB0 1987.

37 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 380, nr. 3. P. 28.

38 *Handelingen II* 1985/86, 20 200, p. 24 (Vaste commissie voor het Midden- en Kleinbedrijf).

grote aanjager van het debat. Hij wijst met verontwaardiging op een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State waarin een gemeente in het gelijk wordt gesteld na het verlenen van een a-vergunning aan een sportvereniging.³⁹ Ondanks de aanscherping van het ontheffingsbeleid komen instellingen kennelijk nog steeds in aanmerking voor een dergelijke vergunning. Wanneer zij aan dezelfde voorwaarden voldoen als reguliere horecabedrijven is dat inderdaad zo. De horecavergunning is immers een gebonden beschikking. Van Erp zegt geen heksenjacht te willen, enkel dat instellingen binnen hun doelstellingen opereren.

In 1985 dienen de Kamerleden Van Erp en Hummel (PvdA) een motie in waarin de regering wordt opgeroepen artikel 3 zodanig te wijzigen dat verenigingen en stichtingen zich voortaan enkel binnen hun doelstelling kunnen bezighouden met nader te omschrijven horeca-activiteiten.⁴⁰ Van Erp wijst de staatssecretaris er op dat deze eerder dat jaar nog had gesproken over het paracommercialisme als “een rechtstreekse aanslag” op het reguliere bedrijfsleven en dat “een iedereen die waar dan ook in samenleving een taak en verantwoordelijkheid heeft, er alles aan zal moeten doen om paracommercie onmogelijk te maken”. De staatssecretaris heeft toen niet helemaal de waarheid gesproken volgens het Kamerlid. En inderdaad er zit ruimte tussen wat de staatssecretaris roept en wat hij aan beleid voorstelt. Maar dat geldt net zo goed voor Kamerlid Van Erp. Ook hij doet geen voorstel dat een einde maakt aan paracommercialisme, terwijl hij wel schande spreekt van het fenomeen. Zijn motie gaat beduidend minder ver.

In een brief aan de Tweede Kamer schrijft de regering de doelstelling van de motie te onderschrijven maar dat de daarin voorgestelde regeling in strijd is met de aard van de vestigingswetgeving en de systematiek van de Drank- en Horecawet.⁴¹ Daarnaast voorziet de regering problemen met het vinden van een passende formulering van de voorgestelde regeling, de handhaving van de voorgestelde regeling alsmede problemen van overgangsrechtelijke aard. De regering geeft er vooralsnog de voorkeur aan door te gaan op de reeds ingeslagen weg. Zij zal daarom de motie vooralsnog niet uitvoeren, zo

39 ARRvS 13 juni 1985, AB 1986, nr. 303.

40 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 200, nr. 24.

41 *Kamerstukken II* 1985/86, 16 654, nr. 3.

laat zijn de Kamer weten.

De reeds ingeslagen weg loopt via de Nota Alcohol en Samenleving, waarin verschillende nieuwe maatregelen voorgesteld die paracommerciële instellingen raken (huisregels en sluitingstijden).⁴² Deze maatregelen beogen alcoholmisbruik, criminaliteit en verstoring van de openbare orde te voorkomen. Het bestrijden van ongewenste mededinging is geen doel van de maatregelen, maar wel een welkom neveneffect, zo legt de regering uit.

In 1987 presenteert de VNG een rapport over haar bevindingen in een uitgebreid en grondig onderzoek naar het verschijnsel paracommercialisme.⁴³ Het onderzoek vond plaats op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken en Welzijn en het Ministerie van Volksgezondheid en Cultuur. In totaal hebben 633 gemeenten deelgenomen aan het onderzoek. 64% van de gemeenten zegt geen enkel probleem te hebben rondom paracommercialisme. In ruim een kwart van de gemeenten zijn wel een problemen met paracommercialisme, doch zijn de problemen maar in 0,3% van de gemeenten groot te noemen. Met andere woorden: twee gemeenten ondervinden in hun lokale praktijk grote problemen rondom paracommercialisme. Het aantal staat in schril contrast met de ophef over het onderwerp.

Eind 1987 komt het kabinet alsnog tegemoet aan de wens van de Tweede Kamer om een wettelijke regeling te treffen voor paracommerciële instellingen die geen overeenkomst hebben met het bedrijfchap.⁴⁴ Deze wijziging van de Drank en Horecawet ziet op 3 mei 1989 het licht.⁴⁵ In het kader van deze scriptie zijn met name artikel 3a en artikel 3b relevant (zie bijlage F voor de wetstekst). Artikel 3a staat tot vandaag de dag goeddeels overeind. Om deze reden zal ik het artikel in actuele vorm in hoofdstuk 4 bespreken.

42 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 243, nr. 3, p. 50.

43 *Handelingen II* 1989/90, 21 128, p. 4410; SGB01987.

44 *Kamerstukken II* 1987/88, 16 654, nr. 7.

45 Stb. 1964, 386.

Het wetsvoorstel beoogt 'ongewenste mededinging' mededinging te voorkomen.⁴⁶ De Tweede Kamer is enthousiast.⁴⁷ Echter, ook deze regeling zal geen einde maken aan mededinging onder ongelijke voorwaarden. De regering licht toe dat de wetgever “zijn boog zou overspannen, indien hij zou trachten deze alcoholverstrekking geheel uit te bannen”. “Daarvoor is het drinken van een biertje na een wedstrijd, het nemen van een drankje bij een bridgedrive enzovoorts een te zeer ingeburgerd verschijnsel geworden.”⁴⁸ Het wetsvoorstel richt zich op niets meer dan het “in goede banen houden” van het paracommercialisme.

De commerciële activiteiten van de instellingen worden, volgens de Memorie van Antwoord, door de voorschriften of beperkingen flink ingeperkt.⁴⁹ De regering ziet nog steeds het liefst dat het bedrijfschap en vertegenwoordigers van de instellingen overeenkomsten sluiten. De bestaande praktijk wordt daarom in het nieuwe artikel 3b, eerste lid artikel gecodificeerd. Het belangrijkste is dat betrokken partijen tevreden zijn met de onderling gemaakte afspraken.⁵⁰

De regering constateert in de Memorie van Toelichting dat de verkoop van alcoholische dranken door instellingen vaak nodig is om de door hun in stand gehouden voorzieningen te financieren. Anderzijds beseft zij dat de mededinging dikwijls plaatsvindt onder ongelijke voorwaarden en vindt zij dat de overheid, gelet op de gerechtvaardigde belangen van het bedrijfsleven, maatregelen dient te nemen indien de mededinging als onwenselijk moet worden beschouwd. Voor die gevallen waar zelfregulering onvoldoende soelaas biedt kan straks worden teruggevallen op de wettelijke regeling die het mogelijk maakt om een aantal voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verlenen met betrekking tot de verstrekking van alcoholhoudende dranken. Hoe kan worden bepaald of er al dan niet sprake is van onwenselijke mededinging wordt uitgebreid besproken in hoofdstukken 5 en 6.

46 *Kamerstukken I* 1989/90, 21 128, nr. 267, p. 1.

47 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 128, nr. 267, p. 1.

48 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 128, nr. 3 p. 3 (MvT).

49 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 128, p. 9 (MvA).

50 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 128, p. 2 (MvT).

6. 1991-1999

De wetswijziging treed in werking op 1 juni 1991.⁵¹ Vanaf die datum zullen nieuwe aanvragen voor een vergunning op grond van artikel 3, eerste lid onder a worden getoetst aan artikel 3a. Op 1 maart 1992 dienen ook de bestaande vergunningen te zijn aangepast aan de nieuwe wettelijke situatie. De wetswijziging heeft overigens geen gevolgen voor de vergunningen die op grond van artikel 3, eerste lid onder c aan sociëteiten zijn verleend. De mate waarin deze (besloten) instellingen concurreren wordt kennelijk niet onwenselijk geacht.

Na de wetswijziging in 1991 verstomt het politieke debat. Critici zullen vanaf nu vooral van zich laten horen door het voeren van bezwaar- en beroepsprocedures. Vooral Koninklijke Horecabond Nederland timmert wat dat betreft flink aan de weg. Meer hierover in de komende hoofdstukken.

7. 2000-heden

De eerstvolgende voor deze verhandeling relevante wetswijziging is die van 13 april 2000 gericht op de preventie van alcoholmisbruik.⁵² Artikel 3 met haar zogenoemde a, b en c-vergunning wordt vervangen door een algemeen verbod het horecabedrijf en slijtersbedrijf uit te oefenen. Het onderscheid tussen de zogenoemde cafévergunning en de sociëteitsvergunning vervalt en artikel 3a wordt vernummerd tot artikel 4. Een belangrijk gevolg hiervan is dat sociëteiten voortaan ook aan voorschriften of beperkingen kunnen worden onderworpen. Tot vandaag de dag worden sociëteiten zoals studentenverenigingen relatief soepel bejegend. Ze worden (nog steeds) niet geacht snel met reguliere horecabedrijven te concurreren.

De door het ministerie uitgegeven 'Handreiking Drank- en Horecawet' licht toe dat de wet voortaan onderscheid maakt tussen commerciële en niet commerciële, zogenaamde

51 Stb. 1991, 54.

52 Stb. 2000, 184.

paracommerciële horeca-inrichtingen.⁵³ Het woord 'commercieel' zelf komt echter in geen enkele vorm of variant voor in de wet.

In 2009 wordt de laatste hier te bespreken wijziging van de wet aangekondigd.⁵⁴ Het betreft (met een hele mond vol) een “wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten”.

Het eerste dat opvalt is dat met de wetswijziging niet het terugdringen van de mededinging wordt beoogd. Toch wijzigt en schrapt de wet voor deze scriptie belangrijke bepalingen. Gemeenten krijgen de plicht een verordening vast te stellen die het paracommercialisme reguleert. De verplichting komt in de plaats van de verplichting om voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden. In hoofdstuk 4 zal ik hier uitgebreid op ingaan.

Artikel 5, dat artikel 4 niet van toepassing verklaart op samenwerkingsverbanden die een overeenkomst hebben met het bedrijfchap over het voorkomen van ongewenste mededinging, komt te vervallen. Het vervallen van de bepaling heeft in praktijk geen gevolgen omdat het bedrijfchap in 2000 alle overeenkomsten al heeft opgezegd, een beslissing die door het kabinet destijds werd betreurd.⁵⁵ Het bedrijfchap vond het sluiten van dergelijke overeenkomsten echter niet meer tot haar taken behoren.⁵⁶

Ik sluit de bespreking van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot het paracommercialisme af met de vaststelling dat in het wetsvoorstel het in 1991 ingevoerde begrip 'ongewenste mededinging', met de inwerkingtreding van de vernieuwde Drank- en Horecawet per 1 januari 2013, is vervangen door het begrip 'oneerlijke mededinging'. De verandering van het begrip is door de regering niet toegelicht en uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat iemand naar de reden en betekenis

⁵³ Handreiking 2001.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2008/09*, 32 022, nr. 2.

⁵⁵ Rijkom 1997.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 32 022, nr. 3, p. 10 (MvT).

voor deze begripsverandering heeft gevraagd. We kunnen er daarom gevoeglijk vanuit gaan dat de twee begrippen op een en dezelfde opdracht duiden en wel de opdracht om te komen tot een wenselijke verdeling van de markt.

8. Conclusies

De parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat de wetgever reeds vier decennia zoekt naar de beste manier om een balans te vinden tussen de belangen van reguliere horecabedrijven en de belangen van die maatschappelijke organisaties die ter ondersteuning van hun ideële activiteiten aan hun doelgroep horecadiensten aanbieden.

Dankzij de horecawet 1964 krijgen ideële instellingen de mogelijkheid een horecavergunning aan te vragen. Dit maakt de weg vrij voor een groeiend aantal instellingen met een horecavoorziening, hetgeen tegen het zere been is van de reguliere horecasector.

De eerst helft van de jaren zeventig kenmerkte zich door het zoeken naar een juiste afbakening van het probleem. Paracommercialisme werd daarbij aanvankelijk gelijkgesteld met illegale praktijken als zwartwerken en het werken zonder de benodigde toestemmingen. Geleidelijk spitst de definitie zich toe tot het verlenen van horecadiensten buiten de doelstelling van de instelling. Dit wordt als concurrentievervalsing gezien.

Vanaf half jaren zeventig tracht de wetgever middels beleidsmaatregelen, waaronder het aanscherpen van het ontheffingsbeleid en de leidraad (1976), het paracommercialisme te beteugelen. Dit beleid is redelijk succesvol maar maakt geen einde aan de discussie in het parlement. De roep om wettelijke maatregelen klinkt steeds harder.

In de jaren tachtig geeft de regering echter de voorkeur aan zelfregulering op lokaal niveau. Het bedrijfschap heeft de taak om overeenkomsten te sluiten met

samenwerkingsverbanden van paracommerciële instellingen. Eind jaren tachtig geeft de regering alsnog toe aan de roep om wettelijke maatregelen.

Vanaf 1991 kunnen gemeenten voorschriften of beperkingen verbinden aan vergunningen voor paracommerciële instellingen die ongewenste mededinging bij de verstrekking van alcoholhoudende drank dient te voorkomen. Daarmee verstomde het politieke debat.

Tijdens de parlementaire behandeling van de op 1 januari 2013 in werking getreden vernieuwde Drank- en Horecawet is nauwelijks over mededinging gesproken. Het begrip 'ongewenste mededinging' is vervangen door het begrip 'oneerlijke mededinging'. Daarmee is echter geen inhoudelijke koerswijziging beoogd. De mogelijkheid om voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden is vervangen door een in elke gemeente verplichte horecaverordening.

HOOFDSTUK 3 – DE RECHTSPRAAK NA DE INWERKING-TREDING VAN DE WET VAN 24 JANUARI 1991, Stb. 54

1. Inleiding

De Drank- en Horecawet is diverse keren gewijzigd. De eerste wijziging is gericht op het bestrijden van het paracommercialisme en treedt in werking op 1 juni 1991. In dit hoofdstuk zal ik de jurisprudentie bespreken die deze wetswijziging tot gevolg heeft gehad. In het kader van dit onderzoek heb ik 54 uitspraken bestudeerd uit de periode 1991-2012.⁵⁷ Daarvan bespreek ik er 19 in deze scriptie. De uitspraken hebben na de meest recente wetswijziging hun relevantie niet verloren. Ook onder het nieuwe regime is de Drank- en Horecawet nog steeds een instrument om mededinging te regelen.

Ik bespreek de uitspraken aan de hand van vier terugkerende en onderling sterk samenhangende thema's: (paragraaf 2) de lokale of regionale omstandigheden, (paragraaf 3) de afstand tot andere horecabedrijven, (paragraaf 4) het voorzieningenniveau en (paragraaf 5) de mate waarin instellingen in concurrentie treden. In de bijlagen E-H zijn de relevante artikelen weergegeven.

2. Thema: Plaatselijke of regionale omstandigheden

Burgemeester en wethouders mogen enkel voorschriften of beperkingen aan de vergunning verbinden die nodig zijn om, uit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer, ongewenste mededinging te voorkomen. De inhoud van deze voorschriften en beperkingen worden bepaald door de *plaatselijke of regionale omstandigheden*. Dit houdt in dat burgemeester en wethouders telkens wanneer zij een vergunning aan een instelling verlenen de belangen van de reguliere horecabedrijven in ogenschouw dienen te nemen. Het betekent niet dat in alle gevallen ook daadwerkelijk voorschriften of beperkingen aan de vergunning worden verbonden: deze moeten immers nodig zijn ter

⁵⁷ Over de periode 1977-1991 bestudeerde ik 11 uitspraken en 2 koninklijke besluiten. Het onderwerp mededinging kwam in geen van deze uitspraken aan de orde.

voorkoming van ongewenste mededinging, die optreedt bij het verstrekken van alcoholhoudende drank.

Plaatselijke of regionale omstandigheden zijn aan verandering onderhevig. Daarom verplicht artikel 3, vierde lid burgemeester en wethouders, wanneer een wijziging van plaatselijke of regionale omstandigheden dit nodig maakt, alsnog voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden, deze te wijzigen of laten vervallen. Dit kan met andere woorden zowel een verruiming als een beperking van de mogelijkheden van een instelling tot alcoholverstreking inhouden.⁵⁸

Wat zijn dan die precies die lokale of lokale regionale omstandigheden? In *Olympia*⁵⁹ maakt de rechtbank duidelijk dat subsidies en wijzigingen in de door de instellingen betaalde huurprijs in elk geval niet worden gerekend tot de bedoelde omstandigheden. Bovendien blijkt uit de uitspraak dat het moet gaan om een wijziging ten opzichte van het moment dat de vergunning is verleend.

In *Vossener*⁶⁰ eist de KHN op grond van gewijzigde omstandigheden dat een voorschrift wordt ingetrokken dat een stichting de ruimte geeft om elk jaar vijf bijeenkomsten van persoonlijke aard te houden voor haar vrijwilligers. KHN betoogt dat enkel relevant is óf er een wijziging in de plaatselijke of regionale omstandigheden heeft plaatsgevonden en niet wat de mogelijke oorzaken van die wijziging is. KHN meent dat in casu sprake is van een substantiële wijziging in die omstandigheden en dat burgemeester en wethouders onderzoek hadden moeten doen naar de effecten hiervan in verband met ongewenste mededinging.

Tussen partijen is niet in geschil dat het aantal horecabedrijven in de gemeente Venlo sinds de vergunningverlening drie jaar eerder met 5% is verminderd. Het vloeroppervlak is tussen 2004 en 2005 met 3,5% gedaald. De Afdeling vindt deze wijziging niet ingrijpend genoeg. Bovendien heeft de KHN volgens de Afdeling met de cijfers nog niet aangetoond dat er een verband bestaat tussen de wijziging in de

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 12 (MvT).

⁵⁹ Rb. 4 september 2007, *LJN* BB5748 (*Olympia*).

⁶⁰ *ABRvS* 7 november 2007, nr.200703293/1 (*Vossener*).

horecasector en het voorschrift. De Afdeling merkt tenslotte op dat het KHN om intrekking of wijziging van het voorschrift vraagt, maar dat de bond geen gegevens heeft overlegd waaruit de noodzaak daartoe kan worden afgeleid, terwijl dit wel op haar weg lag.

In *Súderfinne 1*⁶¹ tenslotte, betoogt KHN eveneens dat een wijziging in de plaatselijke of regionale omstandigheden op zichzelf al de verplichting meebrengt om voorschriften of beperkingen te verbinden aan een vergunning. De rechtbank is het daar niet mee eens en neemt het standpunt in dat wijziging of intrekking van voorschriften of beperkingen enkel aan de orde is wanneer reguliere horecaondernemers een “reële dreiging” ondervinden van de concurrentie van de betrokken instellingen. In dit geval ging het om dorpshuizen in Suwâld en Sumar. Op dat begrip reële dreiging kom ik straks nog terug.

2.1. Tussenconclusie

Tot lokale en regionale omstandigheden worden niet een verandering van verleende subsidies of in rekening gebrachte huur gerekend. Een vermindering van het aantal horecabedrijven met 5% in drie jaar en een vermindering van het vloeroppervlakte met 3,5 % in twee jaar tijd is onvoldoende reden om (alsnog) voorschriften aan een vergunning te verbinden. De dreiging door concurrentie onder ongelijke voorwaarden dient "reëel" te zijn. Ik kom daar later op terug. Tenslotte acht de Afdeling het op de weg van de verzoeker liggen om het causaal verband tussen de wijziging in omstandigheden en het onderhavige voorschrift aannemelijk te maken.

3. Thema: Afstand tot andere horecabedrijven

Blijkens de Memorie van Toelichting kan zich een situatie voordoen waarin geen sprake is van paracommercialisme, omdat er geen horecabedrijven in de omgeving aanwezig zijn waarmee de instelling, waaraan een vergunning is verleend, in concurrentie treedt. Ik begrijp dat zo dat er dan geen sprake is van mededinging, zelfs geen 'gewenste'

61 Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne 1*).

mededinging. Er is dan maar een speler op markt: de paracommerciële instelling. Het verdelen van de markt is dan niet aan de orde.

In zo'n geval kan het opleggen van voorschriften of beperkingen ten koste gaan van het voorzieningenniveau en dat acht de wetgever niet wenselijk. Wanneer er wel horecabedrijven in “de omgeving” aanwezig zijn hoeft dit overigens nog steeds niet te leiden tot het opleggen van voorschriften of beperkingen. Eveneens is van belang de mate waarin deze horecabedrijven over faciliteiten beschikken om aan de bestaande vraag naar horecadiensten te voldoen. Het hangt dan van de mate van onwenselijkheid af welke voorschriften of beperkingen aan een vergunning moeten worden verbonden.⁶²

De vraag is wat er precies met “de omgeving” moet worden verstaan. In *Trefpunt*⁶³ verleent de Gemeente Zwartewaterland horecavergunningen aan twee gemeenschapshuizen waaronder Het Trefpunt. KHN stelt zich op het standpunt dat aan de vergunningen ten onrechte geen voorschriften zijn verbonden.

Burgemeester en wethouders beroepen zich op beleidsregels waarin is bepaald dat aan een vergunning geen voorschriften worden verbonden wanneer zich in een straal van 4 kilometer rond een paracommerciële instelling geen commerciële horeca bevindt. De rechtbank acht het hanteren van een afstand van 4 kilometer in strijd met de wet omdat burgemeester en wethouders van geval tot geval hebben te beoordelen wat verstaan moet worden onder plaatselijke of regionale omstandigheden. De rechtbank voegt daar nog aan toe dat een straal van 4 kilometer gegeven de tegenwoordige mobiliteit niet zonder meer een reële afstand kan worden geacht.

In *Wamel*⁶⁴ concludeert de Afdeling dat burgemeester en wethouders “in redelijkheid” een straal van 10-15 kilometer in aanmerking heeft kunnen nemen en dat appellant (KHN) geen zodanig bijzondere omstandigheden heeft gesteld, dat geoordeeld moet

62 *Kamerstukken II* 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 7 (MvT).

63 Rb. Zwolle 30 juni 2005, *LJN* AT8694 (*Trefpunt*).

64 ABRvS 4 juli 2007, nr. 200609363/1, *LJN* BA8746 (*Wamel*); ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807420/1/H3, *LJN* BJ3398 (*Súderfinne 2*).

worden dat het college in dit geval niet onverkort aan deze afstand heeft mogen vasthouden.

In *Sint Anthonis*⁶⁵ hebben burgemeester en wethouders in de Nota Paracommercialisme bepaald dat wanneer binnen een straal van 10 kilometer rondom de accommodatie geen andere horecavoorzieningen aanwezig zijn er geen sprake is van “oneigenlijke concurrentie”. Net als in *Trefpunt* bepaalt een harde kilometergrens of er al dan niet sprake is van ongewenste mededinging.

In de vergunning is echter – in strijd met deze beleidsregel – het voorschrift opgenomen dat bijeenkomsten van persoonlijke aard zijn toegestaan indien in het desbetreffende dorp geen geschikte alternatieve horecagelegenheid voorhanden is. Burgemeester en wethouders rechtvaardigen het afwijken van de beleidsregels met het argument dat ook de waarde die in een bepaalde regio wordt gehecht aan het houden van bijeenkomsten in het eigen dorp een rol mag spelen in de beslissing al dan niet voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden.

De Afdeling oordeelt dat het voorschrift niet voorkomt “dat sprake is van mededinging, door het verstrekken van alcoholhoudende drank, die uit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd”. Hetzelfde geldt voor de beleidsregel. Deze biedt immers geen maatstaf om te bepalen welke alternatieve gelegenheid voor welke bijeenkomst geschikt is. De beleidsregel is te weinig bepaald en daardoor in strijd met de rechtszekerheid, oordeelt de Afdeling.

In *Olympia*⁶⁶ verzoekt KHN burgemeester en wethouders om beperkende voorschriften op te nemen in de vergunning van paracommercieel recreatiecentrum De Staver. Ook hier ontstaat discussie over de bruikbaarheid van een harde kilometergrens bij het vaststellen of er al dan niet sprake is van ongewenste mededinging. KHN stelt zich op het standpunt dat het aantal zalen- en partycentra in een straal van 10-15 kilometer rondom De Staver is verminderd en dat dit komt door de oneerlijke concurrentie van De

65 ABRvS 29 augustus 2007, nr. 200701840/1, *LJN* BB2481 (*Sint Anthonis*).

66 Rb. 4 september 2007, *LJN* BB5748 (*Olympia*).

Staver. Burgemeester en wethouders betwisten dit en wijzen er op dat KHN niet aangeeft welke zalen- en partycentra het betreft en om welke reden deze zijn gesloten. Bovendien vinden burgemeester en wethouders het niet reëel om zalen- en partycentra in beschouwing te nemen die weliswaar hemelsbreed op 15 kilometer van Sommelsdijk liggen, maar waarvan de afstand over de weg veel groter is. De rechtbank is het daar mee eens en vindt niet dat het enkele feit dat het aantal zalen- en partycentra in de naburige gemeente Oostflakkee is gehalveerd (van 2 naar 1) de conclusie rechtvaardigt dat aan de vergunning voorschriften dienen te worden verbonden. Daarvoor dient door KHN aanvullend bewijs geleverd te worden.

In *Súderfinne 1* hebben burgemeester en wethouders hun onderzoek beperkt tot de dorpen waar de instellingen zich bevinden met het argument dat de dorpen in de gemeente Tytsjerksteradiel over het algemeen op zichzelf gerichte kernen zijn waartussen een behoorlijke onderlinge afstand ligt. De KHN stelt zich als eiseres op het standpunt dat burgemeester en wethouders bij het onderzoek als bedoeld in artikel 4, eerste lid te alle tijde een objectief afstandscriterium dient te hanteren van 10-15 kilometer rond de paracommerciële instelling. Daarbinnen moeten volgens de KHN alle reguliere horecabedrijven worden betrokken.

De rechtbank herhaalt het in *Trefpunt* verwoorde standpunt dat burgemeester en wethouders van geval tot geval dienen te onderzoeken wat verstaan moet worden onder “plaatselijke of regionale omstandigheden” en dat het onmogelijk is aan dat onderzoek bij voorbaat grenzen te stellen of bij voorbaat te bepalen op welke wijze onderzoek verricht moet worden.⁶⁷ Daarnaast maakt de rechtbank duidelijk dat in *Wamel* de Afdeling weliswaar heeft overwogen dat burgemeester en wethouders in redelijkheid een straal van 10-15 kilometer in aanmerking heeft kunnen nemen, maar hieruit kan niet worden afgeleid dat deze norm altijd en in alle gevallen, dus ook ten aanzien van de onderhavige dorpshuizen, gehanteerd moet worden.

⁶⁷ Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, LJN BE9859 (*Súderfinne 1*).

3.1. Tussenconclusie

Burgemeester en wethouders dienen van geval tot geval te beoordelen wat verstaan moet worden onder plaatselijke of regionale omstandigheden. De afstand van een instelling tot horecabedrijven kan een rol spelen maar dan wel naast allerlei andere factoren. Er is bovendien niet één afstandscriterium dat overal en altijd geldt en op grond waarvan kan worden bepaald of er sprake is van oneerlijke mededinging. Een beleidsregel die bijeenkomsten van persoonlijke aard toestaan indien in het desbetreffende dorp geen geschikte alternatieve horecagelegenheid voorhanden is wordt in strijd geacht met de vereiste rechtszekerheid.

4. Thema: Het voorzieningenniveau

Een derde terugkerend thema in de beoordeling of er sprake is van ongewenste mededinging betreft het voorzieningenniveau voor consumenten.⁶⁸ Daarbij kan zowel aan de beschikbaarheid van bepaalde horecadiensten als maatschappelijke voorzieningen wordt gedacht.

In *Súderfinne 1* verdedigen burgemeester en wethouders het ontbreken van strengere voorschriften behalve aan het op zichzelf gericht zijn van de betrokken dorpskernen op de wens de voorzieningen in de dorpen op een zo hoog mogelijk niveau te houden en dat dorpshuizen een zeer belangrijk onderdeel van het voorzieningenniveau vormen. De rechtbank stemt hiermee in.

Er zijn grenzen aan wat onder het voorzieningenniveau kan worden verstaan. In *Mienskip*⁶⁹ overwegen burgemeester en wethouders dat uit onderzoek is gebleken dat in kerkelijke kringen groepen zijn die bruiloften en dergelijke niet zullen houden in reguliere horecabedrijven, doch uitsluitend in kerkelijk centrum De Mienskip. Daarom zou er geen sprake zijn van concurrentie. De Afdeling gaat daar niet mee akkoord. Onder plaatselijke of regionale omstandigheden als bedoeld in artikel 3a van de wet kan

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 7 (MvT).

⁶⁹ ABRvS 11 maart 1996, nr. R03.93.0877, *LJN* AN5270 (*Mienskip*); ABRvS 24 december 1998, nr. H01.98.0500, *LJN* AN5921 (*Aker 2*); Rb. Zwolle 30 juni 2005, *LJN* AT8694 (*Trefpunt*).

weliswaar het belang van een redelijk voorzieningen-niveau een rol spelen, maar principiële bezwaren tegen het organiseren van bijeenkomsten van persoonlijke aard in reguliere horecabedrijven kunnen dat niet. Voor zover het verbinden van voorschriften aan de vergunning ertoe leidt dat reële voorzieningen wegvallen, overweegt de Afdeling dat hierin tegemoet kan worden gekomen met een incidentele ontheffing op grond van artikel 3a vijfde lid van de wet.

In *Heerdt 1*⁷⁰ verbinden burgemeester en wethouders aan een vergunning voor het dorps huis van Oosterwolde het voorschrift dat enkel alcoholhoudende drank kan worden verstrekt voor, tijdens of na bijeenkomsten van persoonlijke aard *die wordt georganiseerd door of ten behoeve van een inwoner van de plaats Oosterwolde*. Het college legt dit voorschrift in praktijk ruim uit zodat iedereen die een band heeft met Oosterwolde dergelijke bijeenkomsten in het dorps huis kan organiseren.

Tegen deze praktijk richt KHN een handhavingsverzoek op grond van de Drank- en Horecawet en het vigerende bestemmingsplan. Omdat het een handhavingsverzoek betreft staat het voorschrift zelf niet ter discussie, enkel het feitelijk verhuren van het dorps huis aan niet-inwoners van Oosterwolde. De rechtbank acht het voorschrift desalniettemin in strijd met artikel 4 van de wet zodat het restrictief dient te worden uitgelegd. Niet-inwoners van Oosterwolde mogen daardoor voortaan geen gebruik meer maken van het dorps huis, althans niet voor zover alcohol wordt verstrekt.

Toch kunnen ook de inwoners van Oosterwolde ook zelf niet langer voor dit soort bijeenkomsten van persoonlijke aard bij het dorps huis terecht. Het handhavingsverzoek richt zich namelijk ook op het strijdig gebruik met het bestemmingsplan. De rechtbank oordeelt dat het houden van bijeenkomsten van persoonlijke aard in strijd is met de bestemming. Het op peil willen houden van het voorzieningenniveau mag dan wel een argument zijn in het kader van de Drank- en Horecawet; in het kader van een verzoek het bestemmingsplan te handhaven speelt het geen rol!

70 Rb. Zutphen 25 januari 2006, *LJN* AV0601 (*Heerdt 1*).

Heerdt 1 illustreert op fraaie wijze hoe in de discussie over ongewenste mededinging argumenten op grond van DHW en bestemmingsplan door elkaar worden gebruikt. Dat is ook niet zo gek. Beide instrumenten kunnen immers, elk vanuit een eigen perspectief, worden ingezet om het voorzieningenniveau te sturen.

4.1. Tussenconclusie

Het op peil houden van het voorzieningenniveau voor consumenten is een belang dat mag meewegen bij het bepalen van voorschriften aan een vergunning. Principiële bezwaren tegen reguliere horecabedrijven mogen echter geen rol spelen in de te maken afweging, omdat deze bezwaren niet tot de plaatselijke of regionale omstandigheden worden gerekend. Het is tenslotte in strijd met de wet om in een voorschrift alle bewoners van een gemeente toe te staan om bijeenkomsten van persoonlijke aard te organiseren in een instelling, wanneer daarbij alcoholhoudende dranken worden verstrekt.

5. Thema: De mate waarin instellingen in concurrentie treden / reële dreiging

In de Memorie van Toelichting wijst de minister op het probleem van het ontbreken van een concreet inzicht in *de mate waarin* instellingen in concurrentie treden met reguliere horeca-ondernemingen en wanneer dit uit oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd. Dit kan volgens de minister verschillen, naar aard van de desbetreffende instellingen, hun omvang, de omvang van hun kantine-inrichting en plaatselijke en regionale omstandigheden.⁷¹

Bij reguliere horecabedrijven zit de pijn, volgens de minister, niet in alcoholverstrekking die direct verband houdt met de eigenlijke activiteiten van de instellingen. Waar het horecabedrijfsleven volgens hem problemen mee heeft zijn de bijeenkomsten waar alcohol geschonken wordt en die geen verband houden met de activiteiten van de ideële instellingen.⁷²

⁷¹ *Kamerstukken II 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 5-6 (MvT).*

⁷² *Kamerstukken II 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 5-6 (MvT).*

De minister acht een volledige inhoudelijke landelijke regeling van dit onderwerp niet mogelijk en een totaal verbod op de verstrekking van alcoholhoudende dranken in instellingen geen reële optie. Het is daarom dat de regering een regeling voorstelt die gemeenten opdraagt de situatie van geval tot geval te bekijken. Wat dat betreft is er met de op 1 januari 2013 in werking getreden nieuwe Drank- en Horecawet niets nieuws onder de zon.

In *Kerkdorp Born*⁷³ onderstreept de rechtbank nog eens dat burgemeester en wethouders “door middel van een inventarisatie van de plaatselijke of regionale omstandigheden inzichtelijk dienen te maken en aan de hand daarvan dient te bepalen of en zo ja in welke mate de reguliere horeca mededinging ondervindt die vanuit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd”. Daarna kan worden bepaald welke voorschriften of beperkingen er aan de vergunning dienen te worden verbonden.

In *Brandpunt*⁷⁴ geeft de Afdeling burgemeester en wethouders bijzonder veel ruimte. Het kerkelijk centrum Brandpunt is middels een voorschrift in de vergunning toegestaan om twaalf keer per jaar een bijeenkomst van persoonlijke aard te organiseren. Omdat daarbij alcoholhoudende drank wordt verstrekt lijkt dit bij uitstek een commerciële activiteit. De Afdeling stelt vast dat in de regio zes commerciële horecabedrijven gevestigd zijn met vergelijkbare faciliteiten als Brandpunt, maar concludeert dat niet is gebleken dat de positie van andere zalenverhuurders, door het voorschrift zodanig in het gedrang komt dat dit leidt tot onwenselijke mededinging in de zin van artikel 4, eerste lid. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het aantal bijeenkomsten van persoonlijke aard in de vorige vergunning nog ongelimiteerd was.

Een aantal uitspraken preciseert de mate waarin mededinging zich voordoet en als ongewenst moet worden beschouwd tot het moment dat er sprake is van een *reële dreiging* voor de reguliere horeca in de omgeving. In *Súderfinne 1*⁷⁵ stelt de rechtbank dat bij de beantwoording van de vraag of de plaatselijke of regionale omstandigheden

73 Rb. Maastricht 30 juni 2010, *LJN* BM9453 (*Kerkdorp Born*).

74 ABRvS 25 augustus 2010, nr. 200909809/1/H3, *LJN* BN4941 (*Brandpunt*).

75 Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne 1*).

het aan vergunningen verbinden van voorschriften of beperkingen nodig maken, slechts rekening dient te worden gehouden met de reële dreiging die de reguliere horecaondernemers ondervinden van de concurrentie van de twee dorpshuizen. De rechtbank maakt niet duidelijk wanneer dreiging als reël is te beschouwen.

In *Bayum*⁷⁶ speelt een soortelijke discussie. De Afdeling concludeert dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het college voldoende heeft onderzocht of de reguliere horecaondernemers in Noardburgum *reële dreiging* ondervinden van de concurrentie van het dorpshuis en dat er geen aanleiding is om ter voorkoming van onwenselijke mededinging aan de vergunning voorschriften of beperkingen te verbinden. Het is aan de bezwaarde partij om aan te tonen dat burgemeester en wethouders niet tot deze conclusie hadden kunnen komen.

5.1. Tussenconclusie

Of mededinging als oneerlijk dient te worden beschouwd hangt af van de mate waarin een instelling in concurrentie treedt met reguliere horecabedrijven. De Afdeling oordeelt of aannemelijk is dat reguliere horecabedrijven in het gedrang komen en of instellingen een reële dreiging vormen. Wanneer daarvan sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval.

6. Conclusies

De uitspraken maken duidelijk dat gemeenten grote vrijheid genoten bij de waardering en beoordeling van de concurrentieverhouding tussen reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen. Er gelden geen uniforme maatstaven ten aanzien van de lokale en regionale omstandigheden, de afstanden tot andere horecabedrijven, het voorzieningenniveau en de mate waarin instellingen in concurrentie treden. De bewijslast ligt bovendien goeddeels op de bezwaarde.

Een verandering in subsidies of huur wordt, net als een beperkte vermindering van het

⁷⁶ ABRvS, 22 juli 2009, nr. 200808476/1/H3, *LJN* BJ3403 (*Bayum*).

aantal horecabedrijven, geen relevante plaatselijke of regionale omstandigheid geacht. Er geldt geen harde grens met betrekking tot de minimale afstand van een instelling tot reguliere horecabedrijven. De wens het voorzieningenniveau op peil te houden mag meewegen in een besluit al dan niet voorschriften te verbinden aan een vergunning. Daaraan zijn echter wel grenzen verbonden. Principiële bezwaren kunnen geen rol spelen en bewoners van de eigen gemeente toestaan om bijeenkomsten van persoonlijke aard te organiseren in een instelling is niet toegestaan, wanneer daarbij alcoholhoudende drank worden verstrekt. Of mededinging als oneerlijk dient te worden beschouwd hangt af van de mate waarin een instelling in concurrentie treedt met reguliere horecabedrijven. De instelling moet een reële dreiging vormen voor de reguliere horeca. Of daarvan sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval.

De uitspraken maken duidelijk dat de rechtelijke toetsing zich beperkt tot het vaststellen of burgemeester en wethouders in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Een inhoudelijke lijn heb ik daarin niet kunnen ontdekken. Wat vooral van belang lijkt is de voorbereiding en motivering van het besluit. Dit punt komt in hoofdstuk 6 paragraaf 2 over de verdeling van de markt nog uitgebreid aan de orde.

HOOFDSTUK 4 – DE WET VAN 24 MEI 2012 TOT HET WIJZIGEN VAN DE DRANK- EN HORECAWET (...), Stb. 237

1. Inleiding

In de medebewindbepaling artikel 4 worden gemeenten verplicht een horecaverordening vast te stellen met het doel oneerlijke mededinging te voorkomen. De regering was oorspronkelijk voornemens om uniforme, dat wil zeggen landelijke regels te maken, maar hiervan is afgezien om lokaal maatwerk mogelijk te maken.⁷⁷

Niet iedereen is te spreken over de wetswijziging. Koninklijke Horeca Nederland (KHN) pleit voor “nog striktere regel”, terwijl de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en het Nederlands Olympisch Comité (NOC) en de Nederlandse Sport Federatie (NSF) juist pleiten voor “maatwerk”.⁷⁸ Laatstgenoemden trokken bij de wetswijziging aan het langste eind.

Wat volgt is een bespreking van het nieuwe artikel 4. Per lid geef zal ik de visie van de wetgever en de hiervoor genoemde belanghebbenden weergeven. Deze aanpak geeft een goed beeld van de bandbreedte van de argumenten en zienswijzen met betrekking tot de verordening. Lid vier en vijf zijn niet relevant voor de scriptie en laat ik buiten beschouwing. In hoofdstuk 7 zal ik de horecaverordening kritisch bespreken.

Artikel 4

1. Bij gemeentelijke verordening worden ter voorkoming van oneerlijke mededinging regels gesteld waaraan paracommerciële rechtspersonen zich te houden hebben bij de verstrekking van alcoholhoudende drank.
2. Bij zodanige verordening is het de gemeente toegestaan rekening te houden met de aard van de paracommerciële rechtspersoon.
3. De in het eerste lid bedoelde regels hebben in elk geval betrekking op de volgende onderwerpen:
 - a. de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank mag

⁷⁷ *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7042.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 022, nr. 6, p. 12.

worden verstrekt;

b. in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen;

c. in de inrichting te houden bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de betreffende rechtspersoon betrokken zijn.

4. De burgemeester kan met het oog op bijzondere gelegenheden van zeer tijdelijke aard voor een aaneengesloten periode van ten hoogste twaalf dagen ontheffing verlenen van de bij of krachtens dit artikel gestelde regels.

5. De ontheffing, of een afschrift daarvan, is in de inrichting aanwezig.

2. Het eerste lid

In het eerste lid is voor gemeenten de *verplichting* opgenomen om een verordening vast te stellen die oneerlijke mededinging bij de verstrekking van alcoholhoudende drank voorkomt.

Vóór deze wetswijziging hadden gemeenten op grond van artikel 4, derde lid (zie bijlage G voor de wetstekst) de mogelijkheid om een verordening vast te stellen waarin nadere regels werden gesteld met betrekking tot de in het artikel 4, eerste lid (oud) bedoelde voorschriften of beperkingen. Gemeente waren daar echter niet toe verplicht. Met het vervallen van de bevoegdheid om voorschriften of beperkingen op te leggen verdwijnt ook de in het derde lid bedoelde bevoegdheid verordenend op te treden. De aan bestaande vergunningen verbonden voorschriften en beperkingen komen pas te vervallen wanneer de nieuwe verordening is vastgesteld.⁷⁹

Gemeenten hebben tot 1 januari 2014 de tijd om in het nieuwe artikel 4 bedoelde verordening vast te stellen.⁸⁰ De verplichting geldt ook wanneer oneerlijke mededinging is uitgesloten omdat er bijvoorbeeld geen reguliere horecabedrijven in de wijde omgeving te bekennen zijn. De regering gaat er van uit dat gemeenten bij de te maken afwegingen “de belangrijke maatschappelijke functie van de verschillende paracommerciële instellingen in acht neemt en geen onnodige beperkingen zal opleggen

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 022, nr. 3, p. 51 (MvT).

⁸⁰ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 022, A, p. 13.

daar waar de mededinging niet in het geding is”.⁸¹ Dit laat overigens onverlet dat de gemeenteraden ook op grond van de medebewindbepalingen artikel 25a, 25b, 25c en 25d verordenend kunnen optreden. Argumenten ten aanzien van de mededinging kunnen daarbij echter geen rol spelen.

Het begrip 'oneerlijke mededinging' heeft het begrip 'ongewenste mededinging' vervangen. In de wetsgeschiedenis is geen aanwijzing te vinden dat met de twee begrippen iets anders dan hetzelfde wordt bedoeld. Het begrip 'oneerlijke mededing' is toegelicht noch besproken.

De regering maakt in de Memorie van Toelichting duidelijk dat op lokaal niveau de afweging dient te worden gemaakt tussen eerlijke en oneerlijke concurrentie. “Ik wil niet van bovenaf dicteren wat de schenktijden van studentenverenigingen en dergelijke zijn”, zegt Minister Klink. Elke gemeente moet volgens hem voor zichzelf bepalen in welke mate zij ruimte willen creëren voor paracommerciële activiteiten.⁸² “De rode draad in het wetsvoorstel is dat gemeenten ervoor moeten zorgen dat er eerlijke concurrentie is. Op basis daarvan zullen ze ook afwegingen moeten maken”, aldus de minister.⁸³

Volgens de VNG moet de gemeentelijke uitwerking leiden tot regels die op zijn minst “in enige mate” bijdragen aan het voorkomen van oneerlijke mededinging. Dit uitgangspunt biedt volgens de VNG de gemeenten aanzienlijke ruimte voor de afweging van belangen, een ruimte die wordt begrenst door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze afweging hoeft niet te leiden tot het volledig uitbannen van oneerlijke mededinging, maar mag oneerlijke mededinging ook niet ongemoeid laten, aldus de VNG.⁸⁴

NOC*NSF stelt zich op het standpunt dat wanneer er bijvoorbeeld geen horeca in de omgeving is die een “reëel alternatief” biedt er geen sprake van oneerlijke mededinging

81 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 022, nr. 6, p. 12 (NV II).

82 *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7043

83 *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7042.

84 VNG 2013, p. 6.

kan zijn.⁸⁵ Het is volgens de NOC*NSF niet mogelijk om beperkingen op te leggen die *alle* mededinging met de reguliere horeca uitsluit omdat dan zou de gemeenteraad buiten de bevoegdheidsgrondslag van de wet zou treden.⁸⁶ Eerlijke mededinging kan immers niet worden verboden.

In het modelbestuursreglement van NOC*NSF, waar trouwens ook andere zaken worden geregeld zoals het bestrijden van alcoholmisbruik, wordt bij de schenktijden nog onderscheid gemaakt tussen leden en niet-leden van de sportvereniging. In de modelverordening die NOC*NSF propageert is dit onderscheid niet overgenomen, “omdat dit naar verwachting niet bijdraagt aan het tegengaan van oneerlijke concurrentie en het in elk geval niet opweegt tegen de toename van de complexiteit van het toezicht, zowel voor de gemeente als voor de sportclub zelf”.⁸⁷

De verordening richt zich op oneerlijke mededinging die zich kan voordoen bij de “verstrekking” van alcoholische drank door een paracommerciële instelling. Het gaat dus nadrukkelijk niet om bijeenkomsten waar *geen* alcoholhoudende drank worden verstrekt en ook niet om bijeenkomsten waar de bezoekers hun eigen alcoholische dranken meenemen. Dit laat onverlet dat dergelijke activiteiten op grond van andere wettelijke bepalingen of overeenkomsten verboden kunnen zijn. Ook kan er nog steeds sprake zijn van andersoortige oneerlijke concurrentie, denk aan een vereniging die geen marktconforme huur betaald en haar gebouw verhuurt voor een bruiloft waar de gasten zelf hun drank meebrengen. De verordening heeft op dergelijke situaties echter geen betrekking.

De verordening moet zich ten slotte richten op het “voorkomen” van oneerlijke mededinging. Van gemeenten wordt met andere woorden een vooruitziende blik verwacht.

85 VNG 2013, modelverordening, p. 7.

86 VNG 2013, modelverordening, p. 4.

87 VNG 2013, modelverordening, p. 7.

3. Tweede lid

In de verordening mag onderscheid worden gemaakt naar de aard van de paracommerciële instellingen. Dit betekent bijvoorbeeld dat gemeenten, met het oog op een eerlijke concurrentie, voor studentenverenigingen andere regels kunnen vaststellen dan voor sportverenigingen.⁸⁸ Studentenverenigingen krijgen over het algemeen alle ruimte. Ik ben dan ook niet een uitspraak over een studentenvereniging tegengekomen.

Volgens de VNG kan het onderscheid naar aard worden gemaakt wanneer de lokale mededingingsverhoudingen, maar ook “de behoefte” van de verschillende categorieën paracommerciële instellingen verschillen. De VNG noemt als voorbeeld dat niet alle instellingen de behoefte hebben aan de zelfde schenktijden. Zowel de VNG, KHN als NOC*NSF stellen voor onderscheid te maken tussen (1) sportverenigingen, (2) samenwerkingsverbanden waar het bevorderen van de sociale interactie tussen de leden en de bezoekers centraal staat en de (3) overige paracommerciële rechtspersonen.⁸⁹ Andere indelingen zijn uiteraard ook denkbaar.

4. Derde Lid

Wat opvalt is dat gemeenten verplicht zijn regels te stellen met betrekking tot deze drie onderwerpen, terwijl onder het vorige regime het verbinden van voorschriften of beperkingen aan een vergunning nodig moest zijn. Verder kunnen er ook over andere onderwerpen bepalingen in de verordening worden opgenomen, mits deze gericht zijn op het voorkomen van door de verstrekking van alcoholhoudende dranken veroorzaakte oneerlijke mededinging. Dat was onder het vorige regime ook anders. De wetgever gaf toen een limitatief lijstje van drie onderwerpen waarover voorschriften of beperkingen 'konden' worden opgenomen. De wetsgeschiedenis geeft geen voorbeelden van mogelijke andere onderwerpen en de eerder geciteerde betrokkenen doen geen voorstellen. KHN stelt een verbod voor om alcoholhoudende drank te schenken bij

⁸⁸ *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7042.

⁸⁹ VNG 2013, p. 14.

bijeenkomsten van persoonlijke aard *en de verhuur van de kantine en inventaris aan derden*.⁹⁰ Dit laatste is echter alleen mogelijk wanneer de alcoholhoudende drank door de instelling zelf wordt verstrekt. De verordening kan geen betrekking hebben op door derden verstrekte alcoholhoudende drank. De mededinging helemaal verbieden mag niet; enkel oneerlijke mededinging mag worden voorkomen. Tenslotte dienen de bepalingen over de geregelde onderwerpen proportioneel te zijn,⁹¹ maar dat is wellicht een open deur.

Om welke verplichte onderwerpen gaat het? Ten eerste dient de verordening aan te geven op welke dagen en tijdstippen in paracommerciële inrichtingen alcohol mag worden verstrekt, waarbij onderscheid mag worden gemaakt tussen verschillende categorieën instellingen.

KHN heeft een voorkeur voor uniforme schenktijden in alle gemeenten, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen categorieën instellingen.⁹² De VNG laat het aan gemeenten om te kiezen tussen vaste schenktijden en schenktijden die zijn gekoppeld aan het plaatsvinden van bepaalde activiteiten. Wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën paracommerciële instellingen behoort een combinatie ook tot de mogelijkheden. Als de schenktijden gekoppeld worden aan het plaatsvinden van activiteiten, dan zullen deze volgens de VNG wel uitgeoefend moeten worden in verband met de statutaire doelen van de rechtspersoon omdat als dit vereiste wordt losgelaten er nagenoeg geen grenzen zitten aan de mogelijkheden.⁹³

De VNG adviseert voor musea, schouwburgen, concertgebouwen en poppodia, waarvan het overigens niet helemaal zeker is of deze wel aan de horecaverordening in de zin van artikel 4 zijn onderworpen,⁹⁴ de sluitingstijden ruim te stellen omdat door de geringe alcoholbehoefte van het publiek nauwelijks kans is op concurrentie, laat staan oneerlijke concurrentie. Ten aanzien van poppodia doen al te krappe schenktijden volgens de VNG afbreuk aan de aantrekkelijkheid van de podia, terwijl er aanwijzingen zijn dat ook deze

90 Koninklijke Horeca Nederland 2013.

91 *Handelingen II* 2010/11, 32 022, p. 93-4-36.

92 Koninklijke Horeca Nederland 2013.

93 VNG 2013, p. 14.

94 VNG 2013, p. 4.

schenktijden nauwelijks invloed hebben op de concurrentie met de reguliere horeca.⁹⁵ NOC*NSF komt met gelijklopende argumenten tot dezelfde conclusie.⁹⁶

Ten aanzien van stichtingen en verenigingen waar het bevorderen van de sociale interactie tussen de leden en de bezoekers centraal staan delen de VNG en NOC*NSF eveneens gezichtspunten. Bij studentenvereniging “zal het [doel] ingevuld worden door het samenkomen van de leden onderling in een eigen pand of op eigen sportfaciliteiten: de clubborrel. De aanwezigheid van reguliere horeca heeft daarop geen invloed. Van oneerlijke concurrentie zal daardoor niet of nauwelijks sprake zijn”. Bij dorpshuizen signaleren beiden dat daar regelmatig geen reguliere horeca in de omgeving aanwezig is, of geen reguliere horeca die een 'reëel alternatief' biedt. Ook dan zou er geen sprake zijn van oneerlijke mededinging. In grotere gemeenten met een groter horeca-aanbod ligt dat sneller anders.⁹⁷

Ten tweede moet de verordening regels bevatten met betrekking tot bijeenkomsten van persoonlijke aard zoals bruiloften en partijen, uiteraard voor zover er tijdens deze bijeenkomsten alcoholhoudende drank door de instelling wordt verstrekt. Bijeenkomsten kunnen ondanks hun persoonlijke aard toch een zakelijk en direct verband houdt met de activiteiten van de instelling, zoals het afscheid van de voorzitter van een stichting. Dergelijke bijeenkomsten vallen daarom niet onder het bereik van deze bepaling.

De bijeenkomsten die er wel onder vallen hoeven geen oneerlijke mededinging tot gevolg hebben, zoals bijvoorbeeld in het meermaals genoemde geval waar er geen reguliere horecabedrijven in de omgeving zijn die de gevraagde dienst aanbieden. In landelijke gebieden komt dat regelmatig voor zoals uit de hierboven behandelde jurisprudentie blijkt.

Ten derde dient de verordening regels te stellen ten aanzien van bijeenkomsten voor personen die niet of niet rechtstreeks bij de vereniging betrokken zijn. Hierbij kan

95 VNG 2013, p. 12.

96 VNG 2013, modelverordening, p. 8.

97 VNG 2013, p. 17.

gedacht worden aan het verhuren van de accommodatie aan derden voor bijvoorbeeld het houden van een congres of boekenmarkt. Wanneer daarbij alcohol wordt geschonken kan er oneerlijke mededinging ontstaan met reguliere horecabedrijven.

KHN is voor een totaalverbod op het schenken van alcoholhoudende dranken tijdens bijeenkomsten van de als tweede en derde genoemde bijeenkomsten en wil zo voorkomen dat de concurrentieverhoudingen scheef komen te liggen.⁹⁸

De VNG laat in het midden of gemeenten het aantal voor de mededinging relevante bijeenkomsten in aantal moet worden beperkt of verboden. Wanneer ze in aantal worden beperkt dient daar volgens de VNG een eenvoudige meldingsplicht aan te worden verbonden, omwille van de handhaafbaarheid.⁹⁹

Volgens de VNG is er enkel aanleiding voor regels als er sprake zal zijn van oneerlijke mededinging, maar er zijn ook bijeenkomsten die volgens de vereniging per definitie niet leiden tot oneerlijke mededinging. De VNG noemt als voorbeeld een ledenwerfborrel van een studentenvereniging waarvan het doel is om potentiële nieuwe leden kennis te laten nemen van de vereniging in de eigen ambiance. Dat kan immers niet op een andere locatie. Van afstudeerborrels van leden van een studentenvereniging kan volgens de VNG mogelijk hetzelfde beweerd worden. Een algeheel verbod is eigenlijk alleen de aangewezen weg als nagenoeg iedere bijeenkomst zal leiden tot ongewenste oneerlijke mededinging, aldus de VNG.¹⁰⁰

De VNG oppert tenslotte nog de mogelijkheid in de verordening enkel die bijeenkomsten te verbieden die leiden tot oneerlijke mededinging, terwijl de VNG zich realiseert dat dan van elke bijeenkomst zal moeten worden vastgesteld of deze oneerlijke mededinging tot gevolg heeft.

98 Koninklijke Horeca Nederland 2013.

99 VNG 2013, p. 19.

100 Idem.

5. Rechtsbescherming

Oneerlijke mededinging wordt niet langer bestreden met *indien nodig* aan de vergunning te verbinden voorschriften of beperkingen, maar met een in elke gemeente *verplichte* verordening. Deze verandering heeft consequenties voor de rechtsbescherming.

Onder het vorige regime diende een gemeente per geval te beoordelen of het nodig was om voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verlenen. Belanghebbenden konden bij een meningsverschil daarover beroep aantekenen en het oordeel van burgemeester en wethouders in het specifieke geval aanvechten. Het onderzoek in rechte richtte zich goeddeels op de vraag of het bestuursorgaan aanvaardbaar gebruik had gemaakt van de door de Drank- en Horecawet geboden beoordelingsruimte.¹⁰¹

Het is echter uiteindelijk aan de gemeenten zelf om te bepalen in welke mate zij ruimte willen creëren voor paracommerciële activiteiten,¹⁰² oftewel hoe zij de markt willen verdelen. Dit wijst op beoordelingsvrijheid, die door de rechter terughoudend of marginaal kan worden getoetst.¹⁰³

De mogelijkheid voor beroep blijft in de nieuwe regeling bestaan zij het dat niet langer voorschriften of beperkingen onderwerp zijn in een procedure. Wanneer de vergunning in overeenstemming met de wet en verordening is verleend zal de appellerende belanghebbende bij het beroep tegen het uitvoeringsbesluit een exceptief verweer kunnen voeren. Daarin kan de onverbindendheid van de verordening worden ingeroepen of kan de bestuursrechter worden gevraagd de regel voor het bepaalde geval buiten toepassing te verklaren.¹⁰⁴ Of appellant daar veel mee op schiet zal afhangen van het geval. Voorstelbaar is ook dat de gemeenteraad naar aanleiding van een uitspraak de verordening zal moeten aanpassen.

101 Rb. Rotterdam, 9 juni 2011, LJN:BQ9582 (*Afdeling Schiedam*).

102 *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7043.

103 Damen 2009, p. 320.

104 Damen 2009, p. 319.

Vanuit het oogpunt van de vergunninghouder is nog een ander scenario mogelijk. Het is goed voorstelbaar dat burgemeester en instelling van mening verschillen over de categorie waartoe de instelling behoort. De burgemeester kan bij een beweerdelijke overtreding van de voorschriften handhavend optreden. Een instelling kan zich dan in rechte op het standpunt stellen dat de instelling, gelet op bijvoorbeeld haar doelstellingen en activiteiten, feitelijk tot een andere categorie behoort, waarvoor ruimere regels gelden.

6. Conclusies

De wetswijzing heeft gevolgen voor de bestaande praktijk. Het voorkomen van oneerlijke mededinging is weliswaar nog steeds het doel van artikel 4, maar dit doel wordt niet langer nagestreefd met voorschriften of beperkingen die *indien nodig* aan de vergunning worden verbonden. In plaats daarvan is elke gemeente thans *verplicht* een horecaverordening vast te stellen. De regels in de verordening mogen onderscheid maken naar de aard van de paracommerciële instelling.

Voorschriften die algemeen verbindend zijn en voorschriften of beperkingen die enkel voor een besluit gelden hebben wezenlijk andere rechtsgevolgen. Laatstbedoelde voorschriften en beperkingen zijn fijnmazige instrumenten die per vergunning kunnen worden geïndividualiseerd. Maatwerk is dan heel goed mogelijk. Een gemeentelijke verordening daarentegen is een grofmazig instrument waarin hooguit tussen categorieën van instellingen een onderscheid kan worden gemaakt. De mogelijkheden voor maatwerk zijn dan beperkt.

Dit heeft ook gevolgen voor de rechtsbescherming. Burgemeester en wethouders kunnen bij te nemen besluiten eenvoudig verwijzen naar in de verordeningen vast te leggen criteria en maatstaven, waarvan een appellant in rechte eventueel de onverbindendheid kan inroepen. Ook is voorstelbaar dat een rechter een algemeen verbinden voorschrift in een specifiek geval buiten toepassing verklaart.

HOOFDSTUK 5 – HET AFBAKENEN VAN DE RELEVANTE MARKT

1. Inleiding

De regering sprak tijdens de behandeling van de wetswijziging de verwachting uit de verplichte verordening in gemeenten zal leiden tot een maatschappelijke discussie waarin de verschillende belangen worden gewogen alvorens een verordening wordt vastgesteld.¹⁰⁵ Deze belangenafweging dient te resulteren in een wenselijke verdeling van de markt, een waar sprake is van eerlijke mededinging.

Voordat de wenselijkheid van de mededinging kan worden bepaald dient eerst te worden vastgesteld welke horecagelegenheden tot elkaar in een concurrentieverhouding staan. In de jurisprudentie komt deze eerste vraag, die naar de relevante markt, dikwijls niet goed uit de verf. Ook de wetsgeschiedenis biedt maar weinig aanknopingspunten omtrent hoe zoiets in z'n werk gaat. Dit neemt niet weg dat de vraag naar welke horecadiensten daadwerkelijk met elkaar concurreren van essentieel belang is. Immers, wanneer een paracommerciële instelling niet met reguliere horecabedrijven concurreert, omdat het bijvoorbeeld een unieke dienst levert of omdat er geen reguliere horecabedrijven in de omgeving zijn¹⁰⁶, komt men aan de tweede vraag, die naar de wenselijke verdeling van de markt, in het geheel niet toe.

In dit hoofdstuk zal ik te rade gaan bij enkele aan het mededingingsrecht ontleende begrippen en methoden. Ik zal beginnen met het maken van enkele opmerkingen over het begrip 'eerlijke mededinging' en het mededingingsrecht. Daarna zal ik bespreken hoe kan worden vastgesteld wat de relevante markt is waarop de paracommerciële instelling opereert.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 32 022, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 1988/1989*, 21 128, nr. 3 blz. 7 (MvT).

2. Oneerlijke mededinging

De wetgever heeft er voor gekozen het begrip 'ongewenst mededinging' te vervangen door het begrip 'oneerlijke mededinging'. Hoewel er geen reden is aan te nemen dat met beide begrippen iets anders bedoeld wordt acht ik de keuze voor het nieuwe begrip weinig gelukkig. Terwijl het begrip 'ongewenste mededinging' duidelijk maakt dat het een subjectief oordeel betreft, wekt het begrip 'oneerlijke mededinging' de indruk dat er sprake is van een objectieve maatstaf. Echter, over wat in een bepaalde situatie eerlijk en oneerlijk is verschillen dikwijls de meningen. De geschiedenis van onderhavige regeling maakt duidelijk dat dit met betrekking tot het begrip 'oneerlijke' of 'ongewenste' mededinging niet anders is. Hoewel de meeste betrokkenen het er over eens zijn dat oneerlijke mededinging dient te worden voorkomen is er bepaald geen overeenstemming over *wanneer* mededinging oneerlijk is. Nu de wetgever in het kader van de Drank- en Horecawet geen methode aanreikt om te bepalen wanneer mededinging oneerlijk is domineren private belangen en politieke voorkeuren doorgaans het debat, al gebeurt dit lang niet altijd expliciet. Helemaal gelukkig is dit niet. Mededinging is immers een economisch vraagstuk dat om een economische beoordeling vraagt.

3. Mededingingsrecht

In een ideale vrije markteconomie beslissen bedrijven zelf welke producten of diensten¹⁰⁷ ze tegen welke prijs aanbieden en wordt de marktprijs bepaald via het mechanisme van vraag en aanbod. In een ideale vrije markteconomie concurreren bedrijven met elkaar om dezelfde producten voor een zo laag mogelijke prijs aan te bieden. Een ideale vrije markt is transparant en bedrijven kunnen makkelijk toetreden. Daarnaast zijn in een ideale markt zoveel bedrijven en consumenten dat geen van hen individueel de prijs kan bepalen. Wanneer een bedrijf een product aanbiedt waar geen vraag naar is of tegen een te hoge prijs gaat deze in een gezond functionerende markt al snel failliet.

107 Hierna zal ik het in plaats van 'producten en diensten' meestal korthedshalve over 'producten' hebben.

De situatie die ik hiervoor in het kort schets is er een van 'perfecte mededinging'. In Nederland is echter geen sprake van 'perfecte mededinging', maar stuurt de overheid de markt door middel van directe en indirecte interventies. Denk bijvoorbeeld aan subsidies en wettelijke regelingen. In andere Europese landen is dat trouwens niet anders. De Europese Unie streeft (ook) niet naar een perfecte markt, maar naar een sociale markteconomie¹⁰⁸ waar sprake is van een 'werkbare mededinging'.¹⁰⁹

Met betrekking tot de horecasector is het streven naar een werkbare mededinging in 1979 door de wetgever vertaald in een streven naar “zekere marktverdeling”¹¹⁰ tussen reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen. Net als de toenmalige wetgever vond Minister Klink, exact dertig jaar later, dat deze “afweging tussen eerlijke en oneerlijke concurrentie” het beste lokaal kan worden gemaakt. Gemeenten moeten wat hem betreft zelf bepalen “in welke mate ze ruimte willen creëren voor paracommerciële activiteiten”, oftewel hoe zij de markt wensen te verdelen.¹¹¹

Dat paracommerciële instellingen zich met het verstrekken van alcoholhoudende drank op 'een markt' begeven is evident. Maar welke markt? Op de 'markt in algemene zin' worden producten verhandeld – in dit geval uiteenlopende horecadiensten – en concurreren verschillende aanbieders om de gunst van de consument. Het gaat veelal om activiteiten die in concurrentie worden verricht. Dat paracommerciële instellingen geen winstoogmerk hebben maakt dat niet anders. Omdat reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen beide alcoholhoudende drank verstrekken voor gebruik ter plaatse gaan wetgever en KHN er dikwijls voetstoots van uit zij op een en dezelfde markt actief zijn, maar is dat wel zo? Om die vraag te kunnen beantwoorden dient eerst per geval in kaart te worden gebracht wat de relevante markt is.

108 Art 3 VEU.

109 Vedder & Appeldoorn 2010, p. 4.

110 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 380, nr. 3, p. 28.

111 *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7043

4. Marktafbakening

Iedere analyse in het mededingingsrecht gaat weliswaar over een markt, maar daar wordt lang niet altijd dezelfde markt mee bedoeld. De analyse van een markt in het mededingingsrecht is slechts zinvol nadat de voor het beantwoorden van de rechtsvraag relevante markt is afgebakend.¹¹² De afbakening van die voor het mededingingsvraagstuk relevante markt is een juridisch-economische aangelegenheid die zich laat onderscheiden in een vraag naar de 'productmarkt' en een vraag naar de 'geografische markt'.

De relevante productmarkt omvat alle producten die op grond van hun kenmerken, prijzen en gebruik waarvoor zijn bestemd, door de consumenten als verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.¹¹³ Om dit vast te stellen wordt in het mededingingsrecht vaak gebruik gemaakt van de zogenaamde SSNIP-test.¹¹⁴ Wanneer de relevante markt met behulp van de SSNIP-test wordt afgebakend verhoogt men de prijs van een product met 5-10%. Wanneer consumenten daarna overstappen op een ander product behoren beide producten tot dezelfde markt, dat is tenminste de aanname. Deze producten zijn dan elkaars substituu.¹¹⁵ Stappen consumenten niet over, dan behoren de desbetreffende producten tot andere markten.

De SSNIP-test is echter maar beperkt bruikbaar voor het afbakenen van horecamarkten. Bezoekers van horecagelegenheden zullen niet bij een geringe prijsverhoging niet snel van horecagelegenheid veranderen. Hun keuze wordt veeleer bepaald door de ambiance van een horecagelegenheid, en door de doelgroep van het etablissement. Bezoekers van 'Café Brasserie Dudok'¹¹⁶ gaan niet naar buurtkroeg 'Het Putje' wanneer daar het bier 45 eurocent goedkoper is. De twee horecabedrijven zijn eenvoudigweg niet elkaars substituu.

Deze scriptie is niet de plaats om diep op de SSNIP-test in te gaan. Het hier te maken

112 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, r.o. 10-11 (*United Brands / Commissie*).

113 Europese Commissie 1997, paragraaf 7.

114 SSNIP: Small but Significant and Non-transitory Increase in Price.

115 Vedder & Appeldoorn 2010, p. 9.

116 www.dudok.nl

punt is dat het bestuursorgaan eerst dient na te gaan welke horecadiensten met elkaar in een concurrentieverhouding staan. Dit vergt een grondige analyse van de marktstructuur en consumentenvoorkeuren.

De afbakening van de markt is echter niet alleen een vraag naar welke producten elkaars substituuut zijn, maar ook een vraag waar deze producten fysiek met elkaar in concurrentie treden. Dit is de vraag naar de geografische markt, waarbinnen de voorwaarden waaronder de concurrentie plaats vindt voldoende homogeen zijn, terwijl daarbuiten de voorwaarden duidelijk anders zijn.¹¹⁷ De geografische marktabakening begint met het vaststellen van een beginpunt, in ons geval de paracommerciële instelling waar de horecadienst wordt aangeboden. Vervolgens wordt het gebied rondom de instelling groter gemaakt totdat de concurrentievoorwaarden anders worden. Het kan dan gaan om stijgende vervoerskosten, fysieke barrières maar ook culturele omstandigheden.¹¹⁸

Wie in het kader van de Drank- en horecawet wil vaststellen of er sprake is van oneerlijke mededinging zal eerst moeten onderzoeken welke horecadiensten op dezelfde (relevante) markt opereren. Dit is de vraag naar de marktabakening. Wanneer het antwoord op deze eerste vraag ontkennend luidt is er geen sprake van een concurrentieverhouding tussen beide diensten en kan er dus per definitie geen sprake zijn van oneerlijke mededinging. Wanneer beide diensten wel op dezelfde markt opereren luidt de tweede vraag of de markt tussen de horeca-aanbieders eerlijk is verdeeld. Deze vraag wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

117 Europese Commissie 1997, paragraaf 7.

118 Vedder & Appeldoorn 2010, p. 14.

5. Horecagelegenheden die op dezelfde markt opereren

5.1. De productmarkt

Het aanbod in de horecasector is bijzonder divers. Volgens het bedrijfschap dient onder horecadiensten te worden verstaan: het verstrekken van logies of maaltijden, spijzen en/of dranken voor verbruik ter plaatse, gepaard gaande met dienstverlening.¹¹⁹ Het bedrijfschap heeft dan duidelijk de reguliere horecabedrijven op het oog zoals hotels, cafés, discotheken, restaurants, partycentra en conferentieoord.

Daarnaast exploiteren ook paracommerciële instellingen een horecabedrijf in het kader van hun activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele, educatieve, levensbeschouwelijke of godsdienstige aard.¹²⁰ Voorbeelden hiervan zijn poppodia, kerkelijke centra, dorpshuizen, schouwburgen, jongerencentra en sportkantine.

De opsomming maakt duidelijk dat alles bij elkaar om horecavoorzieningen van zeer uiteenlopende categorieën gaat. En ook al zijn de horecavoorzieningen wel van eenzelfde categorie, dan nog kunnen zij onderling totaal verschillende doelgroepen bedienen. Er valt bijvoorbeeld heel wat voor te zeggen dat een katholiek kerkelijk centrum een andere markt bedient dan een protestants kerkelijk centrum. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een hardrock café en een pianobar. Beide voorzieningen worden door de consumenten niet verwisselbaar of substitueerbaar geacht.

Of voorzieningen verwisselbaar zijn hangt ook af van de mate waarin reguliere horecabedrijven over faciliteiten beschikken om aan de bestaande vraag naar horecadiensten te voldoen.¹²¹ Wanneer iemand een rolstoeldisco wil organiseren in het rolstoelvriendelijke dorpshuis en de reguliere horecagelegenheden niet rolstoelvriendelijk zijn kan moeilijk met succes betoogd worden dat zij dezelfde markt bedienen. Hetzelfde kan worden beweerd over een jongerencentrum dat amateurbands

¹¹⁹ Bedrijfschap Horeca 1996, p. 6.

¹²⁰ Artikel 1, eerste lid DHW. Voor de volledigheid zou men de zuiver culturele instellingen nog kunnen noemen.

¹²¹ *Kamerstukken II* 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 7 (MvT).

laat optreden terwijl andere cafés in de omgeving daarvoor niet zijn toegerust, omdat de isolatie ontbreekt. Het kan ook zijn dat een café wel over de isolatie beschikt maar zich richt op jazz-liefhebbers. Ook in dat geval richten zij zich op andere markten.

De zaak United Brands illustreert hoe een beweerdelijke productmarkt bij nader inzien uit verschillende markten bestaat. Toen de bananenmultinational United Brands door de Europese Commissie werd beboet voor misbruik van haar economische machtspositie ging United Brands in beroep bij het Europese Hof van Justitie. United Brands stelde zich op het standpunt dat de relevante productmarkt alle verse fruitsoorten omvatte, zodat haar marktaandeel van de dan immers grotere 'relevante markt' veel kleiner was. De Commissie betoogde dat sprake was van een aparte markt voor bananen. De Commissie kreeg gelijk van het Hof van Justitie die vanwege de unieke zachte kenmerken van de banaan (makkelijk eetbaar voor baby's en bejaarden) oordeelde dat er een aparte markt voor bananen is.¹²²

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, de heer mr. P.J. Wattel verbindt dit fruitig voorbeeld op geestige wijze met horecamarkten en muziekstijlen. “Als bananen op zichzelf een relevante productmarkt opleveren, separaat van ander vers fruit, voornamelijk bepaald door consumentenvoorkeur, dan zou men kunnen menen dat ook elke (hoofdstroom in) muziek feel(s) die naar consumentenvoorkeur afwijkt van andere feels ('geef mij maar Hoempa') een separate relevante markt oplevert. Niet aannemelijk lijkt mij dat steeds veel overlap zal bestaan tussen de groepen liefhebbers van rhythm & blues, funk, pop, (free) jazz, dixie, hiphop, dance, lounge, techno, heavy metal, grunge, country, folk, chanson, fado, latin, hoempa, piepknor (enz.). Ik laat opera, operette, Lieder, musical, flamenco, klassiek, kamer, modern klassiek, experimenteel, minimal music, atonaal (enz.) dan nog buiten beschouwing. Ik zou graag bij North Sea Jazz geweest zijn, maar ik moet er niet aan denken een dixie, hiphop, heavy metal, dance of techno festival te moeten bijwonen.”¹²³ Het betrof overigens een belastingzaak waarvan de inhoud verder niet relevant is voor deze verhandeling.

122 HvJ 14 februari 1976, 27/76, United Brands/Commissie, Jur. 1976, p. 207.

123 HR 22 juni 2012, LJN BR6294 (concl. A-G P.J. Wattel, overweging 25)

Ook bij de behandeling van het wetsvoorstel ter beteugeling van het paracommercialisme kwam het onderscheid tussen verschillende horecadiensten aan de orde. Kamerlid Van Middelkoop (GPV) merkte op dat burgemeester en wethouders moeten toetsen of er daadwerkelijk sprake is van mededinging, maar dat daarvan soms nauwelijks sprake zal zijn. Een tweesterrenrestaurant dat de clientèle regionaal werft zal van een plaatselijke sportkantine weinig concurrentie te duchten hebben. Het gaat hier zijns inziens om een puur economische aangelegenheid waarin burgemeester en wethouders zonder willekeur knopen moeten doorhakken.¹²⁴

De Vereniging van Ondernemingen in de Gepremieerde en gesubsidieerde sector (VOG) neemt in 1992 een zelfde standpunt in: “Indien ter plaatse alleen maar restaurants zijn, doen de sociaal-culturele instellingen de horeca geen ongewenste concurrentie aan met bijeenkomsten van persoonlijke aard. De 'markt' voor restaurants is immers anders dan het werkveld voor een verenigingsgebouw. (...) Het schenken van alcoholhoudende drank door sociaal-culturele instellingen mag dan derhalve niet worden beperkt. Hetzelfde geldt indien de plaatselijke horeca zich slechts richt op toeristen.”¹²⁵ Voor “het werkveld” kan evengoed “de markt” gelezen worden.

Deze 'theorie van de gescheiden markten' is door KHN altijd en ten principale verworpen. KHN wierp al in 1987 tegen dat “de reguliere horeca als vanouds het sociale trefpunt is dat veel eerder bestond dan de sociaal-culturele instellingen”. “De commerciële horecasector vindt zijn bestaansgrond in het bedrijfsmatig opereren, in deze branche vindt de ondernemer zijn beroep en zijn broodwinning vanuit zijn voor eigen rekening en risico werken op basis van particuliere initiatieven. De sociaal-culturele instellingen hebben direct een stuk horecamarkt naar zich toe getrokken in een heel andere context. Zij handelen zonder zich aan commerciële verplichtingen en fiscale verplichtingen te storen c.q. zich te hoeven storen, hebben meestal geen investeringen gedaan, kennen geen hypotheek, werken met vrijwilligers, etc., maar wel op basis van dezelfde vergunning, die naar de letter en geest der Drank- en Horecawet aan een (bedrijfsmatig opererende) ondernemer afgegeven moet worden.”¹²⁶

¹²⁴ *Handelingen II* 1989/90, p. 79-4411.

¹²⁵ VOG 1992, p. 6.

¹²⁶ VOG 1992, p. 18.

De argumenten overtuigen niet. Met het argument dat reguliere horecabedrijven eerder actief waren kan niet worden bewezen dat de horecasector homogeen is en zich niet in afzonderlijke markten laat opdelen. Ook eventuele ongelijke concurrentievoorwaarden zeggen niets over de structuur van de markt.

Later lijkt KHN overigens alsnog te accepteren dat de horecasector niet één markt is maar een verzameling van markten. In *Olympia*¹²⁷ staat de vergunning voor paracommercieel recreatiecentrum De Staver ter discussie. KHN verwijt burgemeester en wethouders ten onrecht niet “alle zalen- en partycentra” in haar besluit te hebben betrokken. In *Bayum*¹²⁸ gaat het om een vergunning voor een dorpshuis en beargumenteert KHN dat het college “alle zaal- en feestruimtes” in de omgeving bij het besluit had moeten betrekken. Andersoortige horecabedrijven worden in beide uitspraken door procespartijen geheel buiten beschouwing gehouden. En terecht lijkt mij.

In *Mienskip, Aker en Trefpunt*¹²⁹ draait het om 'principes' die de verwisselbaarheid tussen twee ogenschijnlijk gelijksoortige horecavoorzieningen in de weg zitten. Burgemeester en wethouders betogen dat de bezoekers van de betrokken kerkelijke centra om principiële redenen geen horecabedrijven bezoeken. De kerkelijke centra zouden met andere woorden een eigen markt bedienen waarvan het voorzieningenniveau op peil gehouden dient te worden. De Afdeling antwoordt dat het op peil houden van het voorzieningenniveau een rol kan spelen bij de beoordeling van de in artikel 3a van de wet (bijlage F) bedoelde 'plaatselijke of regionale omstandigheden', maar dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met die omstandigheden geen principiële bezwaren worden bedoeld.

In het nieuwe artikel 4 komt de (beperkende) verwijzing naar 'plaatselijke of regionale omstandigheden' niet voor zodat principiële overwegingen voortaan bij de afbakening van de markt kunnen worden betrokken.

127 Rb. 4 september 2007, *LJN* BB5748 (*Olympia*).

128 ABRvS, 22 juli 2009, nr. 200808476/1/H3, *LJN* BJ3403 (*Bayum*).

129 ABRvS 11 maart 1996, nr. R03.93.0877, *LJN* AN5270 (*Mienskip*); ABRvS 24 december 1998, nr. H01.98.0500, *LJN* AN5921 (*Aker 2*); Rb. Zwolle 30 juni 2005, *LJN* AT8694 (*Trefpunt*).

5.2. De geografische markt

Behalve de productmarkt is ook de geografische markt van belang voor de marktafbakening. Een loodgieter in Brussel levert doorgaans dezelfde diensten als een loodgieter in Palermo en beiden zijn waarschijnlijk heel goed in staat om een kapotte kraan in Brussel-Zuid te repareren. Door de vervoerskosten zijn de voorwaarden waaronder zij deze dienst zouden kunnen verrichten echter zodanig anders dat zij niet met elkaar concurreren: de twee loodgieters opereren niet op dezelfde geografische markt.

De Memorie van Toelichting van de in 1991 in werking getreden wetswijziging schetst een situatie waarin geen sprake is van oneerlijke mededinging omdat er geen horecabedrijven in de omgeving aanwezig zijn waarmee de instelling, waaraan een vergunning is verleend, in concurrentie treedt.¹³⁰ In de jurisprudentie is over het begrip 'omgeving', gemeten vanaf de paracommerciële instelling, veelvuldig gestreden. In hoofdstuk 3, paragraaf 3, is daar reeds uitgebreid op ingegaan zodat ik me hier kan beperken tot de belangrijkste conclusie. De Afdeling heeft het hanteren van een universeel afstandscriterium herhaaldelijk afgewezen.¹³¹ Het is onmogelijk aan het onderzoek naar de relevante markt bij voorbaat grenzen te stellen of bij voorbaat te bepalen op welke wijze onderzoek verricht moet worden.¹³²

Behalve de hier met name bedoelde ongelijke vervoerskosten valt ook te denken aan fysieke barrières en culturele omstandigheden.¹³³ Bij een fysieke barrière kan mijns inziens vooral worden gedacht aan voor consumenten moeilijk toegankelijk of bereikbaar gebied. De moeilijkheid kan bestaan uit de geografische ligging (een eiland, een polder), maar ook een slechte openbaar vervoer verbinding kan een fysieke barrière opwerpen. Nogal wat dorpshuizen richten zich immers op ouderen waarvan er velen

¹³⁰ *Kamerstukken II* 1988/1989, 21 128, nr. 3 blz. 7 (MvT).

¹³¹ Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne* 1); ABRvS, 22 juli 2009, nr. 200808476/1/H3, *LJN* BJ3403 (*Bayum*); ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807421/1/H3, *LJN* BJ3399; ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807420/1/H3, *LJN* BJ3398.

¹³² Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne* 1)

¹³³ Vedder & Appeldoorn 2010, p. 14.

maar beperkt mobiel zijn. Natuurlijk is het in theorie mogelijk dat het één dorp verderop gelegen café de maandelijkse bridgeavond organiseert in plaats van het eigen dorpshuis, maar is dit een volwaardig substituut wanneer het café voor een aanzienlijk deel van de ouderen slecht bereikbaar is? Dit lijkt mij niet.

Bij culturele omstandigheden zou men kunnen denken aan een dorpshuis waar Fries de voertaal is of een 'Pools café' in een kassengebied.

6. Conclusies

De horecasector is actief op verschillende markten waarop ondernemingen en instellingen de meest uiteenlopende diensten en producten aanbieden. Voordat er over een wenselijk en eerlijke verdeling van de markt kan worden gesproken dient eerst te worden vastgesteld welke onderneming of instelling met elkaar in een concurrentieverhouding bestaan. Wanneer reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen andere markten bedienen staan zij niet tot elkaar in een concurrentieverhouding en kan er per definitie geen sprake zijn van oneerlijke mededinging. Dan is de tweede vraag naar de eerlijke verdeling van de markt niet aan de orde.

Omdat de beantwoording naar de relevante markt in de jurisprudentie en wetsgeschiedenis nauwelijks aan de orde komt ben ik in dit hoofdstuk te rade gegaan bij in het mededingingsrecht gebruikte methoden en begrippen.

De vraag naar de relevante markt laat zich opdelen in twee deelvragen. Bij de vraag naar de productmarkt wordt onderzocht of consumenten twee horecagelegenheden als gelijkwaardige en inwisselbare alternatieven zien. De vervolgvraag is of de twee gelegenheden op dezelfde geografische markt opereren, waar de concurrentievoorwaarden hetzelfde zijn, terwijl daarbuiten de concurrentievoorwaarden anders zijn. Wanneer het antwoord op beide vragen bevestigend luidt staan de horecagelegenheden in een concurrentieverhouding tot elkaar.

Aan de hand van een aantal voorbeelden en verwijzingen naar jurisprudentie heb ik aangegeven waarom de ene horecagelegenheid de andere niet is en waarom niet alle horecagelegenheden met elkaar in een concurrentieverhouding staan. Ik constateer dat het beantwoorden van de vraag naar de relevante markt in de jurisprudentie weinig aandacht krijgt, naar mijn mening te weinig.

Wie zich een oordeel wil vellen over de wenselijkheid van beweerdelijke mededinging zal zich er immers eerst van moeten vergewissen *dat* er sprake is van mededinging. De beantwoording van deze vraag naar de relevante markt is een puur economische aangelegenheid¹³⁴ die zich daarom niet leent voor beoordelingsvrijheid. Nu burgemeester en wethouders zich ten aanzien van de afbakening van de markt slechts beoordelingsruimte hebben kon dit aspect van een besluit vol worden getoetst.

134 Vond ook Kamerlid Van Middelkoop (GPV), zie Handelingen II 1989/90, p. 79-4411.

HOOFDSTUK 6 – DE VERDELING VAN DE MARKT

1. Inleiding

In hoofdstuk 5 is de vraag naar de relevante markt besproken. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven op dezelfde markt opereren komt de vraag aan de orde wat een eerlijke verdeling van de markt is. Uiteraard dient deze vraag voor elke markt afzonderlijk te worden beantwoord.

Bij deze tweede vraag naar de wenselijke, eerlijke verdeling van de markt gaat het om een afweging van belangen. Daarin komt het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid toe.¹³⁵ Het is aan de gemeenten zelf om te bepalen in welke mate zij ruimte willen creëren voor paracommerciële activiteiten,¹³⁶ oftewel hoe zij de markt willen verdelen. Daarbij dienen uiteraard wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en andere wetgeving in acht worden genomen. Overigens heeft het bestuursorgaan geen beleidsvrijheid; wanneer er sprake is van (dreigende) oneerlijke mededinging moet het optreden.

Onder het oude regime kwam deze vraag bij elk te verlenen vergunning aan de orde en werd deze belichaamd in de al dan niet aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen. Het is instructief en illustratief om in dit hoofdstuk te beginnen met een bespreken van onder het oude regime tot stand gekomen concrete casus. De nadruk zal liggen op de eisen die er aan het onderzoek en de motivering van het besluit worden gesteld. Uiteraard komen en passant ook inhoudelijke argumenten aan de orde. Deze zijn echter in hoge mate met de specifieke omstandigheden van het geval verweven, waardoor ik zou willen oppassen deze te veralgemeniseren. De voorbeelden zijn wel heel illustratief.

Vervolgens zal ik ingaan op de concrete omstandigheden die kunnen bepalen of een

¹³⁵ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 128, nr. 3 blz. 10 (MvT).

¹³⁶ *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7043.

verdeling van de markt eerlijk is. Ik zal een groot aantal mogelijk door betrokkenen genoten voordelen en nadelen bespreken en van kritisch commentaar voorzien.

2. Voorbeelden van de verdeling van de markt

In *Súderfinne 1* en 2¹³⁷ heeft het college van de gemeente Tytsjerksteradiel horecavergunningen verleend voor dorpshuizen in Sumar en Suwâld. Aan geen van beide vergunningen heeft het college voorschriften of beperkingen verbonden met betrekking tot de tijden waarop in de dorpshuizen alcoholhoudende drank kan worden verstrekt. KHN vindt dat burgemeester en wethouders onvoldoende onderzoek hebben verricht naar de gevolgen voor de reguliere horecabedrijven.

Bij de besluitvorming heeft het college in aanmerking genomen dat in het dorp Suwâld geen regulier horecabedrijf aanwezig is waarin onbeperkt activiteiten van persoonlijke aard kunnen worden gehouden ten behoeve van grote gezelschappen. In Sumar is sinds een aantal jaar wel een horecabedrijf gevestigd waar dergelijke bijeenkomsten kunnen worden gehouden. Het bedrijf in Sumar en een wegrestaurant in een naburig dorp zijn door de gemeente op de hoogte gesteld van het voornemen om de vergunningen te verlenen. Geen van beiden dienden een zienswijze in.

De rechtbank en de Afdeling achten het onderzoek voldoende en verwijten KHN dat het niet aannemelijk heeft gemaakt dat zich in het door het college in aanmerking genomen gebied zaal- en feestruimtes bevinden, waarvan de belangen bij de besluitvorming niet in aanmerking zijn genomen. Het verwijzen naar de ledenlijst van de KHN Afdeling Midden Fryslân is onvoldoende. Daarnaast vinden beiden het de taak van KHN om aan te tonen dat het college is uitgegaan van onjuiste gegevens over aard, omvang en frequentie van de in de dorpshuizen te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard en dat de paracommerciële dorpshuizen een reële dreiging betekenen voor reguliere horecabedrijven.

137 Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne 1*); ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807420/1/H3, *LJN* BJ3398 (*Súderfinne 2*).

Bovenstaande redenering, die bijvoorbeeld ook in *Bayum*¹³⁸ tegenkomt, wijst wederom op de marginale toetsing in rechte van het bestuurlijk onderzoek. Burgemeester en wethouders krijgen veel ruimte de situatie te beoordelen. Het is aan de bezwaarde partij om aan te tonen dat het college niet tot haar conclusie had mogen komen en dat er *wel* sprake is van een reële dreiging voor de reguliere horecabedrijven.

In *Kerkdorp Born*¹³⁹ komt het gemeenschapshuis op tegen het besluit van burgemeester en wethouders om voorschriften te verbinden aan de vergunning. De rechtbank stelt vast dat burgemeester en wethouders in hun besluit enkel verwijzen naar een niet nader geduid onderzoek en trekt daaruit de conclusie dat het bestreden besluit onzorgvuldig is voorbereid en niet wordt gedragen door een deugdelijke en kenbare motivering. Het feit dat een ontwerpvergunning¹⁴⁰ ter inzage heeft gelegen en dat belanghebbenden een zienswijze hadden kunnen indienen, ontslaat het bestuur niet van het doen van eigenstandig onderzoek naar de feiten en af te wegen belangen. Burgemeester en wethouders dienen de verhoudingen op de relevante markt te onderzoeken en zichtbaar bij het besluit te betrekken.

In *Brandpunt*¹⁴¹ verzet KHN zich tegen de aan een kerkelijk zalencentrum verleende vergunning waarin voorschriften het aantal bijeenkomsten van persoonlijke aard en de schenktijden aan banden leggen. De rechtbank was aanvankelijk tot het oordeel gekomen dat het college nader onderzoek moest verrichten om te beoordelen of de aan de vergunning verbonden voorschriften wel ver genoeg gingen. De Afdeling is het daar niet mee eens en overweegt dat burgemeester en wethouders van de gemeente Hoogezand-Sappemeer bij het verbinden van de voorschriften zich hebben mogen baseren op staande beleid waarin dorps- en wijkcentra maximaal twaalf bijeenkomsten van persoonlijke aard per jaar kunnen organiseren. De Afdeling overweegt voorts dat voorheen geen maximum aan het aantal bijeenkomsten van persoonlijke aard was verbonden. Vermeldenswaardig is ook dat zich in de regio zes commerciële

138 Bayum 22 juli 2009; zie ook Vossener 7 november 2007, waar de Afdeling een wijziging in de omstandigheden onvloedende ingrijpend achtte.

139 Rb. Maastricht 30 juni 2010, LJN BM9453 (Kerkdorp Born).

140 In de vernieuwde Drank- en Horecawet is afdeling 3.4 Awb met artikel 6 van toepassing verklaard.

141 ABRvS 25 augustus 2010, nr. 200909809/1/H3, LJN BN4941 (*Brandpunt*).

horecabedrijven bevonden die vergelijkbare diensten leveren als zalencentrum Brandpunt.

Dat zes vergelijkbare horecabedrijven in de omgeving geen reden zijn om persoonlijke bijeenkomsten van persoonlijke aard in het kerkelijk centrum te verbieden onderstreept nogmaals de ruimte die gemeenten hebben bij het waarderen en het beoordelen van de concurrentieverhoudingen.

In *Afdeling Schiedam*¹⁴² heeft een sportclub een horecavergunning gekregen. KHN tekent beroep aan en de rechtbank vernietigt het besluit omdat onvoldoende onderzoek is verricht. Daarna verlenen burgemeester en wethouders een nieuwe vergunning met daarin een voorschrift met betrekking tot vaste schenktijden. Dit keer is wel uitgebreid onderzoek gedaan. KHN vindt het voorschrift niet ver genoeg gaan en vraagt om een voorschrift dat de schenktijden beperkt tot een uur voor, tijdens en een uur na een verenigingsactiviteit.

In haar besluit vermeldt het college dat de feitelijke horecasituatie is onderzocht en dat is vastgesteld dat de grootste concentratie commerciële horecabedrijven zich in het centrum van de stad bevindt en een kleinere concentratie in Schiedam-Noord. De paracommerciële sportkantines zijn vrijwel alle gevestigd in sportparken, langs de rand van enkele woonwijken. Het college stelt vast dat de bezoekersgroep van de reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen elkaar overlappen (stap 1). De reguliere horecabedrijven hebben echter de gemeente laten weten niet tegen het schenken van alcohol bij sportverenigingen te zijn zolang bij beide partijen maar op de zelfde manier worden gehandhaafd (stap 2). Vaste schenktijden maakt handhaving makkelijker stelt het college.

Naar het oordeel van de Afdeling berust het betwiste voorschrift op een deugdelijke vaststelling van de relevante feiten en belangen en is het college bij de waardering daarvan gebleven is binnen de beoordelingsruimte die de Drank- en Horecawet hem biedt. De rechtbank merkt bovendien op dat eiseres in het geheel geen concrete feiten en

142 Rb. Rotterdam, 9 juni 2011, LJN:BQ9582 (*Afdeling Schiedam*).

belangen heeft gesteld op grond waarvan aan de bevindingen en het standpunt van het college getwijfeld zou kunnen worden.

2.1. Tussenconclusie

Het bestuur kan slechts een rechtens correct besluit nemen ten aanzien van de eerlijke verdeling van de markt wanneer het op de hoogte is van alle voor het te nemen besluit relevante feiten en af te wegen belangen.

De verantwoordelijkheid voor het vergaren van deze feiten en af te wegen belangen ligt bij aanvrager en vergunningverlener. De aanvrager dient in beginsel zelf de gegevens en bescheiden, die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs kan beschikken, zelf aan te dragen (artikel 4:2 Awb). Het bestuursorgaan kan de aanvrager indien nodig een termijn te stellen om ontbrekende gegevens te overleggen (artikel 4:7 e.v.). Daarop aansluitend heeft het bestuur ook een eigen verantwoordelijkheid om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te verzamelen (artikel 3:2 Awb).

Wanneer burgemeester en wethouders onder het oude regime overwogen een instelling een vergunning op grond van de Drank- en Horecawet te verlenen dienden zij eerst te onderzoeken of de instelling met reguliere horecabedrijven in concurrentie trad. Pas wanneer het antwoord op deze vraag bevestigend luidde moest worden gewikt en gewogen of voorschriften of beperkingen noodzakelijk waren om tot een eerlijke verdeling van de markt te komen. In de bovenstaande jurisprudentie werd meestal niet zichtbaar onderscheiden tussen de twee te beantwoorden vragen.

Aan het onderzoek dat vooraf diende te gaan aan het beantwoorden van de twee vragen werden geen overdreven hoge eisen werden gesteld. Om een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aan te nemen diende de bezwaarde bovendien *zelf* de voor deze conclusie toereikende feiten en belangen te stellen. Dat gold voor zowel voor de vraag of het besluit formeel als materieel door de beugel kon. In beide gevallen toetste de rechter terughoudend en marginaal.

3. Concrete omstandigheden die bepalen of mededinging al dan niet eerlijk is

Wie wil beoordelen welke verdeling van de relevante markt eerlijk is dient een goed beeld te hebben van de te wegen feiten en belangen. De hierboven besproken jurisprudentie maakt duidelijk dat bij deze beoordeling de meest uiteenlopende omstandigheden een rol kunnen spelen. Nogmaals zij opgemerkt dat specifieke omstandigheden op een relevante markt bepalend zijn en het daarom oppassen is met het veralgemeniseren van in een besproken casus relevant geachte marktomstandigheden. Behalve de reeds ter sprake gekomen omstandigheden zijn er nog andere omstandigheden te bedenken die bepalen welke verdeling van de markt eerlijk is. Ik zal enkele belangrijke omstandigheden hieronder bespreken.

3.1. Paracommercialisme als stimulans voor de reguliere horeca

Door verschillende vertegenwoordigers van instellingen wordt betoogd dat paracommerciële instellingen de aantrekkelijkheid van de horecasector vergroten. De VNG wijst er op dat de aanwezigheid van poppodia een stimulans vormen voor de omliggende horeca.¹⁴³ NOC*NSF stelt dat ideële instellingen zoals sportverenigingen in gemeenten juist een aanzuigende werking hebben op lokale horeca. Een intensief verenigingsleven maakt een gemeente volgens het verbond levendiger en aantrekkelijker.¹⁴⁴

Ik vind het een intrigerend argument aangezien dit, indien valide, de discussie op z'n kop zet. Reguliere horecaondernemers zouden dan immers profiteren van de marktinterventie door de overheid, bijvoorbeeld door het subsidiëren van een poppodium. Ik denk dan bijvoorbeeld aan het poppodium Tivoli in Utrecht, Paard van Troje in Den Haag en, in mijn eigen stad, het Leids Vrijetijds Centrum, die elk jaarlijks honderdduizenden bezoekers trekken. Omdat er in het door de VNG en NOC*NSF beargumenteerde scenario geen sprake is van oneerlijke mededinging is er geen reden om de instelling aan beperkingen te onderwerpen. Daarnaast rijst de mijns inziens de niet onbelangrijke vraag in hoeverre reguliere horecabedrijven zich dan nog in

¹⁴³ VNG 2013, p. 12.

¹⁴⁴ www.nocnsf.nl/CMS/showpage.aspx?id=2470.

redelijkheid kunnen beklagen over andere paracommerciële instellingen in de omgeving. Hoe het ook zij, het maakt de te maken afweging even interessant als complex.

3.2. Genoten voordelen

Een vaak gehoord argument voor het beteugelen van het paracommercialisme zijn de beweerdelijke voordelen die instellingen genieten. Ik zal de meest genoemde voordelen¹⁴⁵ bespreken en van commentaar voorzien. Het gaat om overheidsbijdragen, fiscale voordelen, het werken met vrijwilligers en de vermeende soepele regelgeving voor paracommerciële instellingen.

Paracommerciële instellingen ontvangen dikwijls directe en / of indirecte op geld waardeerbare bijdragen van de overheid. Bij directe bijdragen gaat het meestal om subsidies, bijvoorbeeld voor huisvestingskosten en activiteiten. Indirecte financiële bijdragen kunnen de meest uiteenlopende vormen aannemen. Het gaat om op geld waardeerbare voordelen zoals een korting op de huursom of een goedkope leningen.

Dat veel paracommerciële instellingen dergelijke voordelen genieten is zeker waar, maar dat geldt lang niet voor alle instellingen. Heel wat stichtingen en verenigingen houden hun eigen broek op met bijdragen van leden en donateurs. Zij krijgen geen subsidie. Daarnaast zijn er een groot aantal subsidieregelingen waarvan ondernemingen wel profiteren en stichtingen en verenigingen niet. Feit is dat zowel instellingen als bedrijven profiteren van subsidies. In mijn eigen stad bijvoorbeeld krijgt een commerciële horecaondernemer een meerjarige financieel voordeel van € 100.000 per jaar (korting op huur en cultuursubsidie), terwijl de gemeente Leiden eenmalig € 1.900.000 investeert in renovatie van de nieuwe horecagelegenheid.¹⁴⁶ Kom daar als paracommerciële instelling tegenwoordig nog maar eens om! Het KHN heeft het op haar eigen website over honderden subsidies die er voor bedrijven zijn.¹⁴⁷

¹⁴⁵ SGB0 1987, P 10.

¹⁴⁶ www.leidschdagblad.nl (zoek op *boekhoudkunstje*).

¹⁴⁷ www.khn.nl (zoek op *subsidies*).

Overigens speelt met subsidies nog de problematiek van de kruissubsidiëring binnen de instelling. Kruissubsidiëring houdt in dat onrendabele activiteiten worden gesubsidieerd met winst uit rendabele activiteiten. Een dorps huis heeft bijvoorbeeld dikwijls de plicht om ook onrendabele activiteiten te huisvesten. De activiteiten die wel rendabel zijn betreffen meestal juist die activiteiten waarbij alcoholhoudende drank wordt verstrekt. Laatstgenoemde activiteit 'subsidieert' dan als het ware de onrendabele activiteit. Anders gezegd verbergen de horecadiensten van het dorps huis de tekorten op de begroting. Reguliere horecabedrijven stellen daarom wel eens dat de overheid, door paracommercialisme toe te staan, ondernemers laat opdraaien voor de tekorten van onrendabele instellingen. Daar heeft men wel een punt. De vraag is echter hoe zwaar een college dit argument bij de vergunningverlening laat wegen.

Met *fiscale voordelen* wordt met name de zogeheten 'kantineregeling' bedoeld. Paracommerciële instellingen mogen gebruikmaken van de kantineregeling. De levering van eten en drinken is dan vrijgesteld als de ontvangsten inclusief btw hiervan niet meer bedragen dan € 68.067 per jaar.¹⁴⁸

Dat is voor dergelijke instellingen uiteraard mooi meegenomen. Echter, lang niet alle kantines maken van deze regeling gebruik, omdat zij bijvoorbeeld niet aan alle voorwaarden voldoen. Behalve het maximumbedrag geldt onder andere de voorwaarde dat er geen bijeenkomsten van persoonlijke aard plaatsvinden en zoals we in de besproken uitspraken hebben gezien voldoen lang niet alle instellingen aan deze voorwaarde. De regeling is feitelijk alleen een voordeel voor een beperkte groep kleine horecavoorzieningen. Daarnaast kun je je, met de in het mededingingsrecht gehanteerde drempelbedragen in het achterhoofd, afvragen of een instelling met een dergelijke kleine omzet überhaupt wel een reële bedreiging kan vormen voor reguliere horecaonderneming.

KHN pleit voor afschaffing van de kantineregeling omdat deze zou leiden tot oneerlijke mededinging.¹⁴⁹ Helemaal zuiver vindt ik KHN hierin niet. Ondernemers maken immers

148 www.belastingdienst.nl (zoek op *kantineregeling*)

149 Koninklijke Horeca Nederland 2013.

evengoed gebruik van fiscale regelingen waarvoor de paracommerciële verenigingen en stichtingen niet in aanmerking komen. Denk aan de startersaftrek en de kleineondernemersregeling. Ik zie geen rechtvaardiging de ene fiscale regeling wel te betrekken bij het vormen van een oordeel over de concurrentieverhoudingen en de andere fiscale regeling niet.

Het werken met vrijwilligers is de volgende steen des aanstoots. KHN pleit zelfs voor het “afschaffen” van het werken met vrijwilligers,¹⁵⁰ een standpunt dat alleszins tot de verbeelding spreekt! Het idee hierachter is dat de medewerkers van instellingen niet worden betaald volgens de Horeca-CAO.¹⁵¹ Ik wil daar het volgende over kwijt. In de eerste plaats zijn medewerkers van instellingen dikwijls onderworpen aan een *andere* CAO, zoals daar zijn de CAO Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening, de CAO Verzelfstandigde Rijksmusea en de CAO Nederlandse Poppodia en Festivals. Ik zie niet in waarom een dergelijke CAO, bij de beoordeling van de concurrentieverhoudingen, minder zwaar zou moeten wegen.

Dan de vrijwilligers. In Nederland zijn ruim 5,5 miljoen vrijwilligers actief, zo’n 44 procent van alle volwassen Nederlanders. Daarmee staat Nederland internationaal aan de top.¹⁵² Het is iedereens volste recht om vrijwilligerswerk te verrichten. Niet alleen paracommerciële instellingen profiteren daarvan, ook commerciële bedrijven. In menig familiebedrijf steken partners en kinderen de handen uit de mouwen zonder dat dit in een arbeidsovereenkomst is verankerd. Daar is in de meeste gevallen ook niets mis mee. Ook op dit onderwerp lijkt me de verontwaardiging van KHN selectief.

Het laatste veelvuldig genoemde argument betreft het vermeende lichte wettelijk regime van de Drank- en horecawet waarvan paracommerciële instellingen van profiteren. Laten we eens kijken waar de verschillen uit bestaan.

Op de voorbereiding van een beslissing tot verlening van een vergunning op grond van artikel 3 aan een paracommerciële rechtspersoon is afdeling 3.4 van de Algemene wet

150 Koninklijke Horeca Nederland 2013.

151 SGB 1987, p. 11.

152 www.rijksoverheid.nl (zoek op *trots op vrijwilligers*).

bestuursrecht van toepassing.¹⁵³ Voor vergunningen voor commerciële horecabedrijven geldt daarentegen de 'voordelige' korte reguliere procedure. Dit verschil is destijds ingevoerd om horeca-ondernemers in staat te stellen om, ten aanzien van het verbinden van voorschriften of beperkingen aan een vergunning, hun zienswijze naar voren te brengen.¹⁵⁴ Op dit punt genieten paracommerciële instellingen zeker geen voordeel.

Artikel 24 verbiedt het voor het publiek geopend houden van een horecalokaliteit zonder dat een leidinggevende aanwezig is. Artikel 1 bepaalt dat de leidinggevende 1°. de natuurlijke persoon of de bestuurders van een rechtspersoon of hun gevolmachtigden, voor wiens rekening en risico het horecabedrijf of het slijtersbedrijf wordt uitgeoefend; 2°. de natuurlijke persoon, die algemene leiding geeft aan een onderneming, waarin het horecabedrijf of het slijtersbedrijf wordt uitgeoefend in een of meer inrichtingen; 3°. de natuurlijke persoon, die onmiddellijke leiding geeft aan de uitoefening van zodanig bedrijf in een inrichting. Leidinggevend van beide soorten horecabedrijven, regulier en paracommercieel, moeten aan exact dezelfde eisen te voldoen, onder andere met betrekking tot sociale hygiëne.¹⁵⁵

Maar bij paracommerciële instellingen zijn leidinggevend niet verplicht aanwezig te zijn wanneer een horecalokaliteit geopend is. Het volstaat wanneer een barvrijwilliger aanwezig is die een voorlichtingsinstructie als bedoeld in artikel 9, tweede lid, heeft gekregen. De voorlichtingsinstructie richt zich op het bevorderen van sociale hygiëne en bestrijding van drankmisbruik.

Men zou dit als voordeel kunnen bestempelen maar ik vind het niet veel om het lijf hebben. In praktijk is het enige relevante verschil tussen de barvrijwilliger en de leidinggevende dat laatstgenoemde dient te beschikken over de zogeheten Verklaring Sociale Hygiëne, een certificaat die men met een ééndaagse spoedcursus ter waarde van € 198,-- kan bemachtigen.¹⁵⁶ Of dit voordeel veel invloed zal hebben op de concurrentieverhoudingen valt te betwijfelen.

153 Artikel 6 DHW.

154 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 128, nr. 3 p. 8 (MvT).

155 Artikel 8, zesde lid DHW.

156 www.sho-horeca.nl (zoek op *spoedcursus*).

Bovendien dient het voordeel in samenhang te worden gezien met de in artikel 9 geregelde plicht voor paracommerciële instellingen om een reglement vast te stellen. Dit reglement dient te waarborgen dat de verstrekking van alcoholhoudende drank in de inrichting vanuit het oogpunt van sociale hygiëne op verantwoorde wijze geschiedt en dat de barvrijwilligers instructies krijgen. Reguliere horeca-ondernemers blijft deze werkzaamheden bespaard.

4. Conclusies

In dit hoofdstuk draait alles om de vraag wat een eerlijke verdeling van de markt is. Ik heb daarvoor als eerste onderzocht hoe over deze vraag in concrete gevallen in de rechtspraak werd geoordeeld. De besproken uitspraken onderstrepen dat gemeenten voorheen een grote vrijheid hadden bij het verzamelen *en* beoordelen van de feiten en de af te wegen belangen. Gemeenten mochten goeddeels zelf bepalen hoeveel ruimte zij wilden creëren voor paracommerciële activiteiten,¹⁵⁷ binnen de grenzen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hogere regelgeving. De rechter greep onder het oude regime doorgaans pas in wanneer het besluit onzorgvuldig was voorbereid en wel in die mate dat het de beslissing niet kon dragen. Het was aan de bezwaarde om hiervoor argumenten aan te dragen.

In de jurisprudentie komen echter niet alle omstandigheden aan de orde die volgens mij van invloed kunnen zijn de beantwoording van de vraag naar de eerlijke verdeling van de markt. Allerlei aan weerskanten van het geschil genoten voordelen of geleden nadelen worden, in elk geval niet zichtbaar, bij de oplossing van het geschil betrokken. Waarom deze omstandigheden niet aan de orde komen in de jurisprudentie weet ik niet. Wellicht waren de omstandigheden eenvoudig telkens niet aan de orde. Mogelijk is ook dat voor een beslissing in een concreet geschil reeds voldoende andere, meer voor de toegankelijke argumenten waren. Tenslotte kan ik mij ook voorstellen dat om proceseconomische redenen werd afgezien van een verdergaand onderzoek. Bij de te maken afweging dient immers een groot aantal feiten en omstandigheden te worden

¹⁵⁷ *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7043.

betrokken die soms in het voordeel van de ondernemer en soms in het voordeel van de instelling zijn. Probeer dat meer eens tegen elkaar af te wegen. Bovendien zullen over de vraag welke verdeling van de markt eerlijk is, de meningen altijd blijven verschillen. De door gemeenten genoten beoordelingsvrijheid biedt daar ook de ruimte voor.

HOOFSTUK 7 – DE HORECAVERORDENING

1. Inleiding

In de medebewindbepaling artikel 4 DHW, eerste lid worden gemeenten verplicht een horecaverordening vast te stellen met het oogmerk oneerlijke mededinging te voorkomen. De verordening dient in elk geval regels te bevatten ten aanzien van de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank mag worden verstrekt, de in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen en de in de inrichting te houden bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de betreffende rechtspersoon betrokken zijn.

De horecaverordening komt in de plaats van de mogelijkheid om, met hetzelfde doel, voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden. Gemeenten hebben tot 1 januari 2014 de tijd om de bedoelde verordening vast te stellen.

2. Grenzen aan de verordening

De lokale wetgever is bij het vaststellen van de verordening behalve aan de geografische grens van de gemeente gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur en hogere regelgeving. Voorafgaande aan de vaststelling van de verordening dient zorgvuldig onderzoek te worden gedaan naar de structuur van de markten waarop horecagelegenheden opereren en de voorkeuren van consumenten. Daarnaast moeten de regels duidelijk en kenbaar zijn om te voorkomen dat deze in rechte sneuvelt.¹⁵⁸ Gemeenten kunnen mijns inziens niet zonder dat de marktomstandigheden zijn veranderd besluiten om naar aanleiding van de wetswijziging paracommerciële instellingen strengere regels op te leggen wanneer de bestaande afspraken naar behoren functioneren. Dit zou al snel in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en het

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2007, nr. 200701840/1, LJN BB2481 (Sint Anthonis), waar de Afdeling een beleidsregel te weinig bepaald en daardoor in strijd met de rechtszekerheid.

vertrouwensbeginsel. De wetgever heeft immers geen inhoudelijke koerswijziging beoogd. De regels in de verordening dienen evenredig te zijn aan de met de verordening te dienen doelen. Er mag niet met een kanon op een mug worden geschoten. Volgens de wetgever is het evenredigheidsbeginsel niet scherp te onderscheiden van het beginsel van de materiële zorgvuldigheid en zijn ze beide in artikel 3:4, tweede lid Awb gecodificeerd, zodat ik ook laatstgenoemde beginsel hier voor besproken beschouw.¹⁵⁹ Voorts mag de verordening, uiteraard zou ik willen zeggen, niet discrimineren. Er mag in de verordening wel worden onderscheiden in verschillende categorieën instellingen maar daarvoor moeten rationale redenen zijn.¹⁶⁰ Alle instellingen met een groen uithangbord om zeven uur de tap laten sluiten mag niet.

Wat betreft de hogere regelgeving leert artikel 5:1 BW ons dat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben.¹⁶¹ Dit recht kan worden beperkt door wettelijke voorschriften edoch niet onbeperkt. Met een subjectieve norm als 'oneerlijke mededinging' is het per definitie oppassen. De verordening mag bijvoorbeeld de eigenaar van een kantine ook vanuit het perspectief van het eigendomsrecht geen verdere beperkingen opleggen dan noodzakelijk om oneerlijke mededinging te voorkomen.

3. De inhoud van het zorgvuldig onderzoek

Ten eerste moet in kaart worden gebracht welke horecagelegenheden met elkaar in een concurrentieverhouding staan. Dat is geen eenvoudige opgave. Markten vallen meestal niet samen met gemeentegrenzen. De geografische markt kan slechts een deel van de gemeente bestrijken, maar ook gemeentegrenzen overschrijden. Ik vraag me af of alle gemeenten wel over voldoende kennis beschikken om de relevante markten op louter economische gronden af bakenen. Ik stelde mij eerder al op het standpunt dat gemeenten ten aanzien van deze vraag wel beoordelingsruimte hebben maar geen beoordelingsvrijheid. De beoordeling van de marktafbakening, niets meer dan een economische exercitie, kan mijns inziens in rechte vol worden getoetst.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p.69 (MvT).

¹⁶⁰ Pennarts 2008, p. 88.

¹⁶¹ Zie ook artikel van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Ten tweede dient voor die (categorieën) horecagelegenheden die daadwerkelijk met elkaar in een concurrentieverhouding staan worden bepaald wat een eerlijke verdeling van de markt is. Eerlijkheid is een eigenschap die mensen verschillend waarderen en waarover in concrete situaties heel verschillend wordt gedacht. Dat is voor de vraag wanneer mededinging oneerlijk is niet anders. Een gemeenteraad kan tot op een zekere hoogte zelf bepalen wanneer zij mededinging eerlijk vindt. De gemeenteraad heeft op dit punt beoordelingsvrijheid, zodat de rechter slechts terughoudend dient te toetsen.

4. Geen mededinging toch een verordening

De regering sprak tijdens de behandeling van de wetswijziging de verwachting uit dat de verplichte verordening in gemeenten zal leiden tot een maatschappelijke discussie waarin de verschillende belangen worden gewogen alvorens een verordening wordt vastgesteld.¹⁶² De regering gaat er van uit dat gemeenten bij de te maken afwegingen “de belangrijke maatschappelijke functie van de verschillende paracommerciële instellingen in acht neemt en geen onnodige beperkingen zal opleggen daar waar de mededinging niet in het geding is”.¹⁶³ Wanneer in een gemeente *geen* sprake is van mededinging omdat paracommerciële instellingen en horecabedrijven op verschillende (relevante) markten opereren zal de bedoelde verordening geen andere regels kunnen bevatten dan de regels die gelden voor reguliere horecabedrijven. De wet biedt immers geen grondslag voor regels die eerlijke mededinging bestrijden.

Dat werpt de interessante vraag wat te doen met de in artikel 4 lid 3 genoemde onderwerpen. Met betrekking tot de sluitingstijden gelden, naar ik meen, in elke Nederlandse gemeenten regels zodat deze in de horecaverordening ook op paracommerciële instellingen van toepassing kunnen worden verklaard. Maar wat te doen met de in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen en de in de inrichting te houden bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de betreffende rechtspersoon

¹⁶² *Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 3, p. 10 (MvT).*

¹⁶³ *Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 6, p. 12 (NV II).*

betrokken zijn?

Het in artikel 4, derde lid onder b genoemde onderwerp zal dan ongeveer als volgt luiden: “Het is toegestaan bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen in de inrichting te houden, ook wanneer daarbij alcoholhoudende drank wordt verstrekt”. De letter van de wet dwingt in de verordening een zinledige bepalingen op te nemen. Ik ga er vanuit dat dat niet hoeft.

5. Wel mededinging

Wanneer instellingen en bedrijven *wel* op een eenzelfde markt opereren dient voorafgaande aan het vaststellen van de verordening eerst te worden onderzocht *wanneer* er sprake is van eerlijke mededinging. De lokale wetgever heeft hier een beoordelingsvrijheid, begrensd door de beginselen van behoorlijk bestuur en hogere regelgeving.

5.1. Eerlijke mededinging maar niet dankzij verordening

Wanneer er sprake van mededinging is tussen paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven betekent dit nog niet meteen dat het nodig is om de bewegingsvrijheid van instellingen te beperken. De gemeenteraad heeft een ruime vrijheid te bepalen welke concurrentieverhoudingen zij eerlijk en (dus) wenselijk acht. De gemeenteraad kan zich op het standpunt stellen dat de mededinging tussen instellingen en bedrijven in een gemeente *eerlijk* is. Daarnaast kan een gemeenteraad oordelen dat enkel tussen bepaalde categorieën paracommerciële instellingen en reguliere horecagelegenheden sprake is van een eerlijke concurrentieverhouding. Voor deze instellingen mogen dan geen strengere regels worden vastgesteld dan voor vergelijkbare reguliere bedrijven.

5.2. Eerlijke mededinging dankzij verordening

Voor de (categorieën) instellingen die wel op oneerlijke wijze concurreren moet de verordening regels bevatten die de mededinging terugbrengt tot het niveau waarop de

mededinging weer eerlijk kan worden geacht. Voor een goed begrip herhaal ik nog maar eens dat de wet geen grondslag biedt voor regels die ook eerlijke mededinging beperken.

Het met de regels te behalen resultaat is het bereiken van een eerlijke marktverdeling. Dit resultaat kan worden bereikt door regels te stellen ten aanzien van een of meerdere van de in artikel 4, derde lid genoemde onderwerpen. De plaatselijk wetgever kan er voor kiezen de activiteiten van de desbetreffende paracommerciële instellingen op alle drie de onderwerpen te beperken, maar hij kan er ook voor kiezen op een of twee van de onderwerpen een totaalverbod uit te vaardigen en met betrekking tot het andere onderwerp niet extra verordenend op te treden. Dit is allemaal mogelijk, zolang het doel 'eerlijke mededinging' maar wordt bereikt.

6. Mogelijkheid tot maatwerk verminderd

Hoe verhoudt de verordening zich tot het voormalige stelsel van voorschriften en beperkingen? De introductie van de horecaverordening verkleint de mogelijkheid om maatwerk te leveren. Besluiten moeten immers in overeenstemming met de verordening worden genomen. Er kan onder het nieuwe regime minder goed rekening worden gehouden met de complexiteit van de marktstructuur. De regels in de verordening mogen immers enkel naar de aard van de paracommerciële rechtspersoon verschillend zijn. Het is evident dat een verordening, waarin hooguit per categorie horecabedrijf kan worden gedifferentieerd, minder ruimte voor maatwerk biedt dan per vergunning te bepalen voorschriften en beperkingen.

Gemeenten kunnen in de regels onderscheid maken in categorieën instellingen. Dit is niet verplicht. Toch meen ik dat de wet gemeenten er impliciet wel toe verplicht, daar waar het 'over een kam scheren' een of meer instellingen, wiens activiteiten de concurrentieverhoudingen niet merkbaar beïnvloeden, zou benadelen. De wet biedt immers geen grondslag voor verdergaande beperkingen.

Het onderscheid maken tussen categorieën paracommerciële instellingen is een manier om rekening te houden met hun belangen en de verschillende markten waarop instellingen opereren. Echter, het is niet ondenkbaar, zelfs aannemelijk, dat in veel gemeenten de instellingen van een zelfde categorie op verschillende geografische markten opereren. De Gemeente Horst aan de Maas bestaat bijvoorbeeld uit zestien woonkernen verspreid over 122 km² landelijk gebied. De afstand tussen de oostgrens en westgrens van de gemeente bedraagt meer dan twintig kilometer. De grens van een geografische markt komt dan al snel in zicht.

Dit betekent dat reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen binnen een en dezelfde gemeente niet altijd in een concurrentieverhouding tot elkaar staan. Bovendien houdt de geografische markt waarop een instelling opereert dikwijls vaak niet op bij de gemeentegrens. Wanneer een instelling zich in de buurt van de gemeentegrens bevindt kunnen ook de reguliere horecabedrijven van de naburige gemeente tot de relevante markt behoren. Het in paragraaf 1 genoemde onderzoek zal zich dan ook tot deze gemeente moeten uitstrekken.

Het onderscheid maken tussen categorieën instellingen roept de vraag op voor welke categorieën dient te worden gekozen. De VNG, KHN en NOC*NSF stellen voor onderscheid te maken tussen (1) sportverenigingen, (2) samenwerkingsverbanden waar het bevorderen van de sociale interactie tussen de leden en de bezoekers centraal staat en (3) overige paracommerciële rechtspersonen.

Het idee achter de indeling in categorieën instellingen is dat de verordening daardoor verschillende rechtsgevolgen voor verschillende categorieën in het leven kan roepen. Met name de tweede categorie instellingen, waartoe bijvoorbeeld studentenverenigingen behoren, worden in praktijk nauwelijks beperkingen opgelegd. Voor instellingen wordt het daardoor verleidelijk om 'het bevorderen van de sociale interactie' op te nemen in de statutaire doelstellingen. Nu de mogelijkheid voorschriften en beperkingen aan de vergunning te verbinden is komen te vervallen zie ik niet hoe dergelijk calculerend gedrag effectief kan worden voorkomen.

Het verdelen van instellingen in categorieën is überhaupt een heikele kwestie. In veel gevallen streven instellingen meerdere doelen tegelijk na waardoor ze met hun werkzaamheden categorieën overschrijden. Wanneer een instelling daardoor in de derde restcategorie komt kan dit haar benadelen, wanneer daarvoor relatief strenge voorschriften gelden. De voor deze categorieën geldende beperkingen worden in dat geval echter niet gerechtvaardigd door de concurrentieverhoudingen maar veroorzaakt door de gekozen instellingscategorieën. In hoofdstuk 4, paragraaf 5 heb ik beschreven hoe meningsverschillen over de categorie-indeling kunnen leiden tot handhavingprocedures.

7. Wijzigingen in de markt / mededinging voorkomen

De horecaverordening dient regels te stellen die oneerlijke mededinging voorkomen. Dit betekent dat gemeenten in de verordening ook rekening dienen te houden met mogelijke toekomstige wijzigingen in de concurrentieverhoudingen op relevante horecamarkten. Deze wijzigingen kunnen bijvoorbeeld ontstaan door toetreders en uittrekders op de relevante markt. Daarnaast is het denkbaar dat horecabedrijven vanwege de marktsituatie afzien van uitbreiding of verandering van hun activiteiten. De bestaande marktverdeling kan tenslotte ook tot gevolg hebben dat ondernemers afzien van toetreding tot de markt.

Het is onmogelijk om te anticiperen op alle denkbare scenario's. Het voorkomen van oneerlijke mededinging moet daarom, mijns inziens, niet te letterlijk worden genomen. Waar het om gaat is dat markten voortdurend in beweging zijn. Wanneer de situatie op een voor de verordening relevante markt wijzigt kan er reden zijn om de verordening te wijzigen, maar dat hoeft niet. Gemeenten hebben immers veel ruimte bij het bepalen welke verdeling van de markt zij prefereren.

In hoofdstuk 5 heb ik betoogd dat de ene markt de andere markt niet is. Dit betekent dat bij de wijziging van de verordening eerst opnieuw – en op grond van actuele informatie – alle relevante markten dienen te worden geïdentificeerd en afgebakend, waarna

eventueel per categorie instelling moet worden bepaald welke verdeling van de markt wenselijk is. De wijziging van de verordening kan leiden tot strengere, maar ook tot minder strenge regels. De regels mogen immers niet verder gaan dan nodig is om oneerlijke mededinging te voorkomen.

8. Conclusies

Gemeenten zijn verplicht paracommerciële instellingen aan regels te onderwerpen die nodig zijn om oneerlijke mededinging bij de verstrekking van alcoholhoudend drank te voorkomen.

Aan het vaststellen van de verordening dient zorgvuldig onderzoek vooraf te gaan dat zich richt op het vaststellen van de relevante markten. Dit is een puur economische exercitie zodat de gemeenteraad slechts beoordelingsruimte toekomt. Vervolgens dient de gemeenteraad te bepalen welke verdeling van de markt zij eerlijk vindt. De wetgever heeft gemeenten hierin een zekere beoordelingsvrijheid gegeven. De regels dienen wel te voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur en hogere regelgeving.

Het onderzoek kan uitwijzen dat er geen sprake is van mededinging tussen instellingen en bedrijven die op dezelfde markt opereren. De regels zullen dan gelijklozend moeten zijn aan de regels die voor vergelijkbare reguliere horecabedrijven gelden.

Wanneer er wel sprake is van mededinging tussen instellingen en horecabedrijven is deze niet automatisch oneerlijk. Wanneer de mededinging eerlijk is mogen aan desbetreffende instellingen geen beperkingen worden opgelegd. Alleen wanneer de mededinging oneerlijk wordt geacht zijn gemeenten verplicht regels te stellen. Deze mogen dan wel niet verder gaan dan nodig om oneerlijke mededinging te voorkomen.

De invoering van de verordening heeft de mogelijkheid tot maatwerk verminderd. De verordening is immers een grofmazig instrument, terwijl aan individuele vergunningen verbonden voorschriften en beperkingen een fijnmazig instrument zijn.

Een gemeente die wil voorkomen dat zij strengere regels oplegt dan nodig is doet er verstandig aan om voor categorieën instellingen verschillende regels vast te stellen. Maar dan nog blijft het bijzonder lastig om in een enkele verordening alle bijzonderheden van de marktstructuur en wenselijke marktverdeling te vertalen, al is het maar omdat de relevante markt meestal niet samenvalt met de gemeentegrens. Bovendien zijn markten voortdurend in ontwikkeling en laten deze zich nauwelijks voorspellen.

Gemeenten lopen een gerede kans dat zij een verordening vaststelt met daarin regels die verder gaan dan het voorkomen van oneerlijke mededinging. De markt laat zich namelijk niet in een verordening vangen. Ik ben er van overtuigd dat voor beleidsregels het zelfde geldt.

Maar ik denk ook niet dat we de markt in regels *hoeven* te vangen. Baarsma & Theeuwes stellen dat het in rechte [bij de bepaling van de relevante markt] niet zozeer gaat om de (economische) wetenschappelijke robuustheid van de verrichte analyse, maar de mate waarin sprake is van wettelijk overtuigend bewijs.¹⁶⁴ Het mededingingsrecht is immers een juridische discipline en begrippen als 'relevante markt' en 'oneerlijke mededinging' zijn begrippen die van geval tot geval op basis van goeddeels economische inzichten en technieken worden ingevuld.¹⁶⁵ Ik meen dat zij het goed zien.

¹⁶⁴ Baarsma & Theeuwes 2002, p. 35.

¹⁶⁵ Baarsma & Theeuwes 2002, p. 70.

HOOFDSTUK 8 – TOT SLOT

1. Inleiding

Dit onderzoek heeft betrekking op het in artikel 4, eerste lid DHW gebruikte begrip 'oneerlijke mededinging'. Ik heb onderzocht wanneer door paracommerciële instellingen veroorzaakte mededinging oneerlijk is. In dit afsluitend hoofdstuk zal ik terugblikken op het onderzoek, de belangrijkste conclusies noemen en komen tot een antwoord op de onderzoeksvraag.

2. Aanloop naar de beantwoording van de onderzoeksvraag

In de scriptie heb ik uitgebreid aandacht besteed aan de parlementaire geschiedenis van het verschijnsel paracommercialisme. Daaruit bleek dat aanvankelijk enige verwarring bestond over de definitie van het begrip en dat dit in de jaren zeventig op een lijn werd gezet met beunhazerij en zwartwerken.

Gaandeweg werd paracommercialisme steeds vaker gedefinieerd als ongewenste mededinging die wordt veroorzaakt door instellingen doordat zij buiten het raamwerk van hun statutaire doelstelling een horecabedrijf exploiteren. Het is vandaag de dag de meeste gangbare definitie.

Aanvankelijk heeft de wetgever het paracommercialisme trachten te beteugelen op grond van de bestaande bepalingen in de Drank- en Horecawet 1964. In de jaren zeventig en tachtig was zelfregulering het toverwoord. Vanaf 1991 werd dit zelfregulering met een 'wettelijke stok achter de deur' in de vorm van, indien nodig, aan de vergunning te verbinden voorschriften of beperkingen.

Na 1991 heeft de discussie zich goeddeels verplaatst van het parlement naar de rechtbank en Afdeling. In het kader van dit onderzoek heb ik 54 uitspraken bestudeerd

uit de periode 1991-2012 waarvan ik er 19 heb besproken in deze scriptie.¹⁶⁶ De uitspraken maken duidelijk dat gemeenten grote vrijheid genoten bij de waardering en beoordeling van de concurrentieverhouding tussen reguliere horecabedrijven en paracommerciële instellingen. De rechter toetste marginaal.

De aan bestaande vergunningen verbonden voorschriften en beperkingen komen te vervallen wanneer de in hoofdstuk 7 te bespreken verordening is vastgesteld.¹⁶⁷

3. Beantwoording van de onderzoeksvraag

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in 1989 stelde de regering zich op het standpunt dat de wetgever “zijn boog zou overspannen, indien hij zou trachten deze alcoholverstrekking geheel uit te bannen”. Daarvoor was het drinken van een biertje na een wedstrijd, het nemen van een drankje bij een bridgedrive enzovoorts volgens de regering een te zeer ingeburgerd verschijnsel geworden.¹⁶⁸ Niet het uitsluiten van mededinging maar het bestrijden van ongewenste mededinging werd het doel van de wetgever. Het doel moest worden bereikt door, indien nodig, aan de vergunning voorschriften of beperkingen te verbinden.

De regering was in aanloop van de meeste recente wetswijziging aanvankelijk voornemens om uniforme landelijke regels te maken, maar hiervan is afgezien om lokaal maatwerk mogelijk te maken.¹⁶⁹ De verplichting om indien nodig voorschriften of beperkingen aan de vergunning te verbinden werd vervangen door een verplichting voor alle gemeenten om een verordening vast te stellen die oneerlijke mededinging voorkomt.

De vraag wanneer een verdeling van de markt oneerlijk is valt niet in abstracto te beantwoorden. In zoverre is het antwoord op de onderzoeksvraag kort en helder. Toch is

166 Over de periode 1977-1991 bestudeerde ik 11 uitspraken en 2 koninklijke besluiten. Het onderwerp mededinging kwam in geen van deze uitspraken aan de orde.

167 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 022, nr. 3, p. 51 (MvT).

168 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 128, nr. 3 p. 3 (MvT).

169 *Handelingen II* 2009/10, 32 022, p. 83-7042 .

dit niet het hele antwoord. De regering gaat er thans van uit dat gemeenten bij de in het kader van de verordening te maken afwegingen enerzijds "de belangrijke maatschappelijke functie van de verschillende paracommerciële instellingen in acht neemt en geen onnodige beperkingen zal opleggen daar waar de mededinging niet in het geding is"¹⁷⁰, terwijl anderzijds ook de gerechtvaardigde belangen van het bedrijfsleven in ogenschouw worden genomen.¹⁷¹

In mijn onderzoek betoog ik dat de vraag wanneer mededinging oneerlijk in twee stappen dient te worden beantwoord. Deze twee stappen dienen voortaan niet meer in het kader van de vergunningverlening, maar in de voorbereiding op de vaststelling van de in artikel 4, eerste lid bedoelde verordening worden beantwoord. Aan het vaststellen van de verordening dient zorgvuldig onderzoek vooraf te gaan. De wet biedt namelijk enkel grondslag voor regels die *oneerlijke* mededinging voorkomen. Voor het voorkomen van *eerlijke* mededinging biedt de wet geen ruimte.

De *eerste vraag* is welke paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven met elkaar in concurrentieverhouding staan. Ik heb betoogd dat de horecasector de meest uiteenlopende diensten levert die veelal niet onderling verwisselbaar zijn. De horecasector is derhalve geen eenvormige markt, maar omvat een verzameling van markten.

Wanneer instellingen en bedrijven op verschillende markten opereren staan zij niet tot elkaar in een concurrentieverhouding. Er is dan geen sprake van mededinging waardoor men aan de tweede vraag niet toekomt. Het gaat hier om een puur economische aangelegenheden waarin burgemeester en wethouders beoordelingsruimte edoch *geen* beoordelingsvrijheid genieten.

Tegenover deze schaarse ruimte om te manoeuvreren staat de mijns inziens correcte zienswijze van Baarsma & Theeuwes dat het in rechte [bij de bepaling van de relevante markt] niet zozeer gaat om de (economische) wetenschappelijke robuustheid van de

170 Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 6, p. 12 (NV II).

171 Kamerstukken II 1988/89, 21 128, nr. 3 p. 3 (MvT).

verrichte analyse, maar de mate waarin sprake is van wettelijk overtuigend bewijs.¹⁷² Met deze zienswijze wordt de beoordelingsruimte via de zijdeur toch weer wat opgerekt.

Die *tweede vraag* betreft de eerlijke verdeling van de markt. Gemeenten genieten beoordelingsvrijheid ter zake van de beslissing welke verdeling van de markt zij wenselijk vinden. In de woorden van Minister Klink: “Ik wil niet van bovenaf dicteren wat de schenktijden van studentenverenigingen en dergelijke zijn”.¹⁷³ Deze beoordelingsvrijheid wordt begrensd door de beginselen van behoorlijk bestuur en hogere regelgeving. De beantwoording op de vraag wanneer mededinging oneerlijk is komt met andere woorden neer op de eerder beschreven afweging tussen feiten en betrokken belangen.

De vaak herhaalde aanname in de wetsgeschiedenis, dat paracommerciële instellingen voordelen genieten, verdient tenminste nuancering. Mijn onderzoek maakt duidelijk dat aan weerszijden van de discussie voordelen worden genoten. Er zijn een groot aantal omstandigheden die de positie van marktpartijen positief en negatief kunnen beïnvloeden. Het is zelfs niet ondenkbaar dat in een concreet geval niet het reguliere horecabedrijf, maar de paracommerciële instelling de benadeelde is. Voor dergelijke situaties heeft de wetgever echter *geen* voorziening getroffen: paracommerciële instellingen worden *niet* tegen oneerlijke mededinging beschermt.

Samengevat is mededinging oneerlijk wanneer de concurrentieverhouding tussen een of meer paracommerciële instellingen en reguliere horecabedrijven, waarvan op louter economische gronden is vastgesteld dat deze op eenzelfde markt opereren, blijkt geeft van een onredelijke weging tussen enerzijds de commerciële belangen van horecabedrijven en anderzijds de ideële belangen van paracommerciële instellingen.

¹⁷² Baarsma & Theeuwes 2002, p. 35.

¹⁷³ Handelingen II 2009/10, 32 022, p. 83-7042.

4. Ter afsluiting

Hiermee ben ik aan het einde gekomen van mijn verhandeling over het begrip 'oneerlijke mededinging' in de Drank- en Horecawet. Het zal de lezer dezes niet zijn ontgaan dat ik sceptisch sta tegenover de keus van de wetgever het normatief geladen begrip 'oneerlijke mededinging' centraal te stellen in artikel 4 DHW. Tegelijk begrijp ik dat de wetgever soms niet zonder dit soort vage normen kan of wil. Niet alles laat zich immers regelen in strak omlijnde bepalingen. Ik meen in mijn scriptie aannemelijk te hebben gemaakt dat mededinging in de horecasector daar een goed voorbeeld van is.

Dat neemt niet weg dat de rechtszekerheid doorgaans gediend is met objectieve normen die eenvoudig en snel zijn te beoordelen. Het begrip 'oneerlijke mededinging' is geen objectieve of eenvoudig te beoordelen norm. Verre van dat. Oneerlijke mededinging is een open norm die voor meerderlei uitleg vatbaar is. Eerlijkheid verwijst naar betrouwbaarheid, behoorlijkheid en rechtvaardigheid. In concrete situaties zullen mensen deze waarden dikwijls anders toepassen. Dergelijke waarden vangen in regels is maar zeer beperkt mogelijk.

BIJLAGE A – LITERATUURLIJST

Baarsma & Theeuwes 2002

B. Baarsma & J Theeuwes 2002, 'De afbakening van de relevante markt', Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 2002.

Bedrijfschap Horeca 1996

Brochure Horeca en paracommercialisme, Bedrijfschap Horeca, 1996.

Circulaire Paracommercialisme 1984

Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, *Circulaire Paracommercialisme*, 3 april 1984.

Europese Commissie 1997

Europese Commissie, *Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (97/C 372/03)*, paragraaf 7, 1997.

Damen 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Dirks & Huisman 2013

B. Dirks & C. Huisman, 'Buurthuizen bezwijken onder crisis', *Volkskrant* 21 februari 2013.

Handreiking 2001

Handreiking Drank- en Horecawet, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 2001.

Koninklijke Horeca Nederland 2010

Rapport inzake Horeca bij sport, Koninklijke Horeca Nederland, 2010.

Koninklijke Horeca Nederland 2013

Koninklijke Horeca Nederland, *Position Paper Modelverordening VNG*, uitgave 2013.

Minister van Economische Zaken 1976

Brief van de Minister van Economische zaken aan de gemeentebesturen, 21 mei 1976, kenmerk 876/1622.

Pennarts 2008

H.F.T. Pennarts, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn: Maklu 2008.

.

Rijkom 1997

E.P. Rijkom, *Drank- en Horecawet*, Deventer: Kluwer 1997.

Smits 1968

P. Smits, *De Drank- Horecawet*, Alphen aan den Rijn : Samsom 1968.

SGBO 1987

Rapport Verschijningsvormen van paracommercialisme, Stichting Sociaal-Geografisch en Bestuurskundig Onderzoek/VNG, 1987.

Vedder & Appeldoorn 2010

J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *mededingingenrecht, beginselen van Europees en Nederlands mededingingenrecht*, Groningen: Europa Law publishing 2010.

VNG 2013

VNG ledenbrief, 15 maart 2013, kenmerk Lbr. 13/023, ECGR/U201300312.

VOG 1992

Het Sociaal-Cultureel Werk en de gewijzigde Drank- en Horecawet, brochure van de

Vereniging van ondernemingen in de gepremieerde- en gesubsidieerde sector (VOG),
1992.

BIJLAGE B – JURISPRUDENTIE

ARRvS 13 juni 1985, *AB* 1986, nr. 303

ARRvS 16 oktober 1987, *AB* 1988, nr. 228.

ARRvS 13 juni 1985, *AB* 1986, nr. 303.

Rb. Zwolle 30 juni 2005, *LJN* AT8694 (*Trefpunt*).

Rb. 4 september 2007, *LJN* BB5748 (*Olympia*).

Rb. Leeuwarden, 4 september 2008, *LJN* BE9859 (*Súderfinne 1*).

Rb. Zwolle 30 juni 2005, *LJN* AT8694 (*Trefpunt*).

ABRvS 4 juli 2007, nr. 200609363/1, *LJN* BA8746 (*Wamel*).

ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807420/1/H3, *LJN* BJ3398 (*Súderfinne 2*).

ABRvS 29 augustus 2007, nr. 200701840/1, *LJN* BB2481 (*Sint Anthonis*).

ABRvS 11 maart 1996, nr. R03.93.0877, *LJN* AN5270 (*Mienskip*).

ABRvS 24 december 1998, nr. H01.98.0500, *LJN* AN5921 (*Aker 2*).

Rb. Zutphen 25 januari 2006, *LJN* AV0601 (*Heerdt 1*).

Rb. Maastricht 30 juni 2010, *LJN* BM9453 (*Kerkdorp Born*).

ABRvS 25 augustus 2010, nr. 200909809/1/H3, *LJN* BN4941 (*Brandpunt*).

ABRvS, 22 juli 2009, nr. 200808476/1/H3, *LJN* BJ3403 (*Bayum*).

HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, r.o. 10-11 (*United Brands / Commissie*).

ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807421/1/H3, *LJN* BJ3399.

ABRvS 22 juli 2009, nr. 200807420/1/H3, *LJN* BJ3398.

Rb. Rotterdam, 9 juni 2011, *LJN* BQ9582 (Afdeling Schiedam).

HR 22 juni 2012, *LJN* BR6294 (concl. P-G P.J. Wattel, overweging 25).

BIJLAGE C – KAMERSTUKKEN

Kamerstukken II 1980/81, p. 6038.
Kamerstukken II 1974/75, 13 100, nr. 16.
Kamerstukken II 1975/76, 13 600, nr. 2.
Kamerstukken II 1976/77, 14 100, nr. 2.
Kamerstukken II 1978/79, 15 380, nr. 1.
Kamerstukken II 1978/79, 15 380, nr. 2.
Kamerstukken II 1979/80, 15 380, nr. 3.
Kamerstukken II 1980/81, 16 654, nr. 1.
Kamerstukken II 1985/86, 16 654, nr. 3.
Kamerstukken II 1987/88, 16 654, nr. 7.
Kamerstukken II 1982/83, 17 600, nr. 5.
Kamerstukken II 1986/87, 19 243, nr. 3.
Kamerstukken II 1985/86, 19 200, nr. 24.
Kamerstukken II 1988/89, 21 128, nr. 3.
Kamerstukken II 1988/89, 21 128, nr. 4.
Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3.
Kamerstukken I 1989/90, 21 128, nr. 267.
Kamerstukken II 1990/91, 21 128.
Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 2.
Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 32 022, nr. 6.
Kamerstukken I 2010/11, 32 022, A.

Handelingen II 1974/75, 13 100.
Handelingen II 1975/76, p. 391.
Handelingen II 1975/76, p.1355-1356.
Handelingen II 1980/81, p. 6005.
Handelingen II 1985/86, 19 200, nr. 12.
Handelingen II 1985/86, 20 200.

Handelingen II 1989/90, 21 128.

Handelingen II 1989/90, p. 79-4411.

Handelingen II 2009/10, 32 022.

Handelingen II 2009/10, 32 022, p. 83-7043

Handelingen II 2010/11, 32 022.

Stb. 1881, 97.

Stb. 1964, 386.

Stb. 1991, 54.

Stb. 2000, 184.

BIJLAGE D – WEBSITES

www.abf.kenniscentrumhoreca.nl

www.nocnsf.nl

www.zenderenvooruit.nl

www.spirato.nl

www.rtvutrecht.nl

www.gelderlander.nl

www.dudok.nl

www.leidschdagblad.nl

www.khn.nl

www.belastingdienst.nl

www.rijksoverheid.nl

www.sho-horeca.nl

BIJLAGE E – DE WETSTEKST UIT 1964 (IN WERKING GETREDEN IN 1967)

Artikel 3

1. Het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders uit te oefenen:
 - a. enig horecabedrijf, tot welks uitoefening behoort het bedrijfsmatig verstrekken van alcoholhoudende drank voor gebruik ter plaatse;
 - b. het slijtersbedrijf;
 - c. de werkzaamheid, bestaande in het anders dan bedrijfsmatig en anders dan om niet voor gebruik ter plaatse verstrekken van alcoholhoudende drank.
2. Bij algemene maatregel van bestuur worden de bedrijven aangewezen, die voor de toepassing van deze wet elk afzonderlijk als een horecabedrijf als bedoeld in het eerste lid, onder a, worden aangemerkt, en wordt ten aanzien van elk dezer bedrijven bepaald, welke handelingen als uitoefening van het betrokken bedrijf worden aangemerkt.
3. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder uitoefening van het slijtersbedrijf verstaan het bedrijfsmatig aan particulieren verstrekken van sterke drank voor gebruik elders dan ter plaatse, al dan niet gepaard gaande met het bedrijfsmatig aan particulieren verstrekken van zwak-alcoholische drank voor gebruik elders dan ter plaatse of met het bedrijfsmatig verrichten van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen andere handelingen.
4. Alvorens tot vaststelling, wijziging of intrekking van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het tweede of het derde lid wordt overgegaan, wordt de Sociaal-Economische Raad of een commissie als bedoeld in artikel 43 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie gehoord. De Raad of de commissie hoort de betrokken bedrijfslichamen.
5. Alvorens tot vaststelling, wijziging of intrekking van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in het derde lid wordt overgegaan, wordt tevens de Centrale Raad voor de Volksgezondheid gehoord.

BIJLAGE F – DE WETSTEKST PER 1 JUNI 1991

Artikel 3a

1. Aan een vergunning, die op grond van artikel 3, eerste lid, onder a, wordt verleend aan een rechtspersoon niet zijnde een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die zich richt op activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele, educatieve, levensbeschouwelijke of godsdienstige aard, verbinden burgemeester en wethouders een of meer voorschriften of beperkingen die, gelet op de plaatselijke of regionale omstandigheden, nodig zijn ter voorkoming van mededinging door het verstrekken van alcoholhoudende drank, die uit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd.
2. De in het eerste lid bedoelde voorschriften of beperkingen kunnen op geen andere onderwerpen betrekking hebben dan:
 - a. in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen;
 - b. het openlijk aanprijzen van de mogelijkheid tot het houden van bijeenkomsten als bedoeld onder a;
 - c. de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank wordt verstrekt.
3. Bij gemeentelijke verordening kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde voorschriften of beperkingen.
4. Door burgemeester en wethouders worden, indien dit in verband met een wijziging in de plaatselijke of regionale omstandigheden nodig is, aan een reeds verleende vergunning als bedoeld in het eerste lid voorschriften of beperkingen als in dat lid bedoeld verbonden of aan een zodanige vergunning verbonden voorschriften of beperkingen gewijzigd of ingetrokken.
5. Burgemeester en wethouders kunnen met het oog op bijzondere gelegenheden van zeer tijdelijke aard ontheffing verlenen van de aan een vergunning verbonden voorschriften of beperkingen als bedoeld in het eerste lid.

Artikel 3b

1. Artikel 3a is niet van toepassing, indien de betrokken rechtspersoon gehouden is uitvoering te geven aan een regeling, betrekking hebbend op een of meer van de in artikel 3a, tweede lid, bedoelde onderwerpen die door die rechtspersoon of een organisatie waarbij deze is aangesloten, schriftelijk is overeengekomen met het Bedrijfschap voor het Hotel-, het Restaurant-, het Café- en het Pension- en Kamerverhuur bedrijf en Aanverwante bedrijven.
2. Burgemeester en wethouders trekken aan een vergunning verbonden voorschriften en beperkingen als bedoeld in artikel 3a op verzoek van de vergunninghouder in, indien voor deze een verplichting is ontstaan als bedoeld in het eerste lid.
3. Ten aanzien van een reeds verleende vergunning is, indien een verplichting als bedoeld in het eerste lid eindigt, artikel 3a, eerste lid, van overeenkomstige toepassing.

BIJLAGE G – DE WETSTEKST PER 1 NOVEMBER 2000

Artikel 3

Het is verboden zonder daartoe strekkende vergunning van burgemeester en wethouders het horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen.

Artikel 4

1. Aan een vergunning, die op grond van artikel 3 voor het horecabedrijf wordt verleend aan een rechtspersoon niet zijnde een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die zich richt op activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele, educatieve, levensbeschouwelijke of godsdienstige aard, verbinden burgemeester en wethouders een of meer voorschriften of beperkingen die, gelet op de plaatselijke of regionale omstandigheden, nodig zijn ter voorkoming van mededinging door het verstrekken van alcoholhoudende drank, die uit een oogpunt van ordelijk economisch verkeer als onwenselijk moet worden beschouwd.

2. De in het eerste lid bedoelde voorschriften of beperkingen kunnen op geen andere onderwerpen betrekking hebben dan:

- a. in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen;
- b. het openlijk aanprijzen van de mogelijkheid tot het houden van bijeenkomsten als bedoeld onder a;
- c. de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank wordt verstrekt.

3. Bij gemeentelijke verordening kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde voorschriften of beperkingen.

4. Door burgemeester en wethouders worden, indien dit in verband met een wijziging in de plaatselijke of regionale omstandigheden nodig is, aan een reeds verleende vergunning als bedoeld in het eerste lid voorschriften of beperkingen als in dat lid bedoeld verbonden of aan een zodanige vergunning verbonden voorschriften of beperkingen gewijzigd of ingetrokken.

5. Burgemeester en wethouders kunnen met het oog op bijzondere gelegenheden van

zeer tijdelijke aard ontheffing verlenen van de aan een vergunning verbonden voorschriften of beperkingen als bedoeld in het eerste lid.

Artikel 5

1. Artikel 4 is niet van toepassing, indien de betrokken rechtspersoon gehouden is uitvoering te geven aan een regeling, betrekking hebbend op een of meer van de in artikel 4, tweede lid, bedoelde onderwerpen, die door die rechtspersoon of een organisatie waarbij deze is aangesloten, schriftelijk is overeengekomen met het Bedrijfschap voor het Hotel-, het Restaurant-, het Café- en het Pension- en Kamerverhuurbedrijf en Aanverwante bedrijven.
2. Burgemeester en wethouders trekken aan een vergunning verbonden voorschriften en beperkingen als bedoeld in artikel 4 op verzoek van de vergunninghouder in, indien voor deze een verplichting is ontstaan als bedoeld in het eerste lid.
3. Ten aanzien van een reeds verleende vergunning is, indien een verplichting als bedoeld in het eerste lid eindigt, artikel 4, eerste lid, van overeenkomstige toepassing.

BIJLAGE H – DE WETSTEKST PER 1 JANUARI 2013

Artikel 3

1. Het is verboden zonder daartoe strekkende vergunning van de burgemeester het horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen

(...)

Artikel 4

1. Bij gemeentelijke verordening worden ter voorkoming van oneerlijke mededinging regels gesteld waaraan paracommerciële rechtspersonen zich te houden hebben bij de verstrekking van alcoholhoudende drank.

2. Bij zodanige verordening is het de gemeente toegestaan rekening te houden met de aard van de paracommerciële rechtspersoon.

3. De in het eerste lid bedoelde regels hebben in elk geval betrekking op de volgende onderwerpen:

a. de tijden gedurende welke in de betrokken inrichting alcoholhoudende drank mag worden verstrekt;

b. in de inrichting te houden bijeenkomsten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen;

c. in de inrichting te houden bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de betreffende rechtspersoon betrokken zijn.

4. De burgemeester kan met het oog op bijzondere gelegenheden van zeer tijdelijke aard voor een aaneengesloten periode van ten hoogste twaalf dagen ontheffing verlenen van de bij of krachtens dit artikel gestelde regels.

5. De ontheffing, of een afschrift daarvan, is in de inrichting aanwezig.